

## Tilburg University

### De gewijzigde Successiewet m.i.v. 1 januari 2010

van Vijfeijken, I.J.F.A.

*Publication date:*  
2010

*Document Version*  
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*  
van Vijfeijken, I. J. F. A. (Ed.) (2010). *De gewijzigde Successiewet m.i.v. 1 januari 2010*. BDO Private Wealth Tax Fund.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.



# DE GEWIJZIGDE SUCCESSIONEWET

M.i.v. 1 januari 2010



---

# **DE GEWIJZIGDE SUCCESSIEWET**

M.i.v. 1 januari 2010



---

# DE GEWIJZIGDE SUCCESSIONEWET

M.i.v. 1 januari 2010

Door:

**mr. A.W.F. van Beers**

*Partner BDO en hoofd Adviesgroep Estate Planning van BDO*

**M.J.F.A. Broos LLB**

*Masterstudent Fiscaal Recht aan de Universiteit van Tilburg en Fiscale Economie  
aan de Universiteit van Maastricht*

**drs. M.J.A.M. van Gijlswijk**

*Hoofd van de fiscale sectie van Bureau Vaktechniek van BDO*

**mr. N.C.G. Gubbels**

*Docent verbonden aan het Fiscaal Instituut Tilburg*

**L. Mattijssen**

*Werkstudent bij Deloitte Belastingadviseurs te Rotterdam*

**mr. J.J.G.M. van Nunen**

*Belastingadviseur bij Inventive Control te 's-Hertogenbosch*

**mr. T.N. Peters van Neijenhof**

*Specialist Estate Planning bij Bureau Vaktechniek van BDO*

**S.G.M.J. Rebbens MSc**

*Fiscale Trainee bij Rabobank Nederland, Fiscale Zaken Aangesloten Bankenbedrijf*

**prof. mr. I.J.F.A. van Vijfeijken (eindredactie)**

*Hoogleraar belastingrecht aan het Fiscaal Instituut Tilburg,  
wetenschappelijk adviseur van Pwc.*

**mr. S.A.M. de Wijkerslooth-Lhoëst**

*Estate Planner bij Ernst & Young en als docent verbonden aan  
het Fiscaal Instituut Tilburg*

## **BDO Private Wealth Tax Fund**

Het BDO Private Wealth Tax Fund heeft tot doel onderzoek te verrichten en kennisoverdracht te bewerkstelligen op het terrein van de nationale en internationale fiscale aspecten aangaande privépersonen en hun vermogen in de breedste zin des woords te stimuleren. Het fonds is een joint venture van BDO Accountants & Adviseurs en de Universiteit van Tilburg.



---

Voor eventuele fouten of onvolkomenheden in deze publicatie kan de uitgever niet aansprakelijk worden gesteld.

Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, microfilm of op enige andere wijze, zonder voorafgaande toestemming van de onderzoekers.

Eerste druk, februari 2010

**BDO** is een op naam van Stichting BDO te Amsterdam geregistreerd merk.

In deze publicatie wordt **BDO** gebruikt ter aanduiding van de organisatie die onder de merknaam 'BDO' actief is op het gebied van de professionele dienstverlening (accountancy, belastingadvies en consultancy).

**BDO Accountants & Adviseurs** is een op naam van BDO Holding B.V. te Eindhoven geregistreerde handelsnaam en wordt gebruikt ter aanduiding van een aantal met elkaar in een groep verbonden rechtspersonen, die ieder afzonderlijk onder de merknaam 'BDO' actief zijn op een bepaald terrein van de professionele dienstverlening (accountancy, belastingadvies en consultancy).

**BDO Holding B.V.** is lid van BDO International Ltd, een rechtspersoon naar Engels recht met beperkte aansprakelijkheid, en maakt deel uit van het wereldwijde netwerk van juridisch zelfstandige organisaties die onder de naam 'BDO' optreden.

**BDO International** staat voor het wereldwijde netwerk van juridisch zelfstandige organisaties, BDO Member Firms genaamd, die onder de merknaam 'BDO' actief zijn op het gebied van de professionele dienstverlening.

BDO is de merknaam die wordt gebruikt ter aanduiding van het BDO-netwerk en van elk van de BDO Member Firms.



# INHOUDSOPGAVE

<b>Inleiding</b> .....	6
■ <i>prof. mr. I.J.F.A. van Vijfeijken</i>	
<b>Over kinderen, partners, tarieven en vrijstellingen</b> .....	9
■ <i>prof. mr. I.J.F.A. van Vijfeijken</i>	
■ <i>mr. N.C.G. Gubbels</i>	
<b>De nieuwe regeling voor afgezonderde particuliere vermogens</b> .....	20
■ <i>mr. T.N. Peters van Neijenhof</i>	
■ <i>mr. A.W.F. van Beers</i>	
<b>De fictiebepalingen met ingang van 1 januari 2010</b> .....	24
■ <i>prof. mr. I.J.F.A. van Vijfeijken</i>	
<b>De verdeling van een nalatenschap en artikel 10, vijfde lid Successiewet</b> .....	37
■ <i>prof. mr. I.J.F.A. van Vijfeijken</i>	
<b>Een drietal nieuwe rentebepalingen in de Successiewet 1956</b> .....	43
■ <i>mr. T.N. Peters van Neijenhof</i>	
<b>De gevolgen van schenkingen onder voorwaarden onder de nieuwe Successiewet</b> .....	49
■ <i>mr. T.N. Peters van Neijenhof</i>	
<b>De nieuwe bedrijfsopvolgingsregeling: vragen, antwoorden en nieuwe vragen...</b> .....	54
■ <i>mr. S.A.M. de Wijkerslooth - Lhoëst</i>	
<b>Bedrijfsopvolging in de inkomstenbelasting met ingang van 2010: mag het ietsje eenvoudiger?</b> .....	65
■ <i>drs. M.J.A.M. van Gijlswijk</i>	
<b>Algemeen nut beogende instellingen en sociaal belang behartigende instellingen</b> .....	76
■ <i>prof. mr. I.J.F.A. van Vijfeijken</i>	
<b>De invloed van defiscalisering van de onderbedelingsvorderingen op het totaal verschuldigde successierecht na overlijden van beide ouders</b> .....	82
■ <i>M.J.F.A. Broos LLB</i>	
■ <i>L. Mattijssen</i>	
■ <i>mr. J.J.G.M. van Nunen</i>	
■ <i>S.G.M.J. Rebbens MSc</i>	
<b>Over...</b> .....	94
■ Universiteit van Tilburg	
■ BDO	



# INLEIDING

prof. mr. I.J.F.A. van Vijfeijken

**Het Fiscaal Instituut Tilburg (UvT) en BDO Accountants & Adviseurs zijn een samenwerkingsverband aangegaan in de vorm van het BDO Private Wealth Tax Fund. Dit Fonds heeft tot doel onderzoek te verrichten en kennisoverdracht te bewerkstelligen op het terrein van de nationale en internationale fiscale aspecten aangaande privépersonen en hun vermogen in de breedste zin des woords. Voorwerp van onderzoek in het jaar 2009 zijn de wijzigingen van de Successiewet. De resultaten van dit onderzoek zijn opgenomen in deze bundel.**

Met ingang van 1 januari 2010 is de Successiewet ingrijpend gewijzigd. Het startschot voor deze wijzigingen gaf de staatssecretaris op 14 april 2008 tijdens een lezing aan de Universiteit van Tilburg. Tijdens dit openbaar college noemde hij als speerpunten: de verlaging van het zgn. derdentarief, de bestrijding van constructies, de stroomlijning van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten, de defiscalisering van vorderingen en rente en de internationale aspecten. Op 20 april 2009 is het wetsvoorstel (31 930) ingediend bij de Tweede Kamer en na wisseling van meer dan 80 stukken is dit wetsvoorstel op 15 december 2009 aangenomen door de Eerste Kamer.

In deze bundel worden de wijzigingen besproken en wordt tevens stilgestaan bij de wijzigingen zoals die aanvankelijk, op 14 april 2008, door de staatssecretaris zijn aangekondigd.<sup>1</sup> Het eerste voornemen, de verlaging van de tarieven en wijziging van vrijstellingen, komt aan de orde in de eerste bijdrage van I.J.F.A. van Vijfeijken en N.C.G. Gubbels. Dit is op hoofdlijnen een geslaagd onderdeel van de wetswijziging. Het derdentarief, dat opliep tot 68% is teruggebracht tot maximaal 40%.

Het tweede voornemen betrof de bestrijding van constructies. De eerstgenoemde constructie die moest worden uitgebannen zag op het gebruik van de trust en dan met name de zgn. irrevocable discretionary trust. In dergelijke gevallen kon een 'zwevend' vermogen ontstaan dat niet kon worden toegerekend aan de insteller of aan de beneficiaries. Het heffingsvacuüm dat aldus ontstaat, werd als onwenselijk ervaren. Tijdens zijn gastcollege opperde de staatssecretaris twee oplossingsrichtingen. In de eerste door hem geopperde oplossingsvariant werd vermogen toegerekend aan de begunstigde, met als nadeel de waarderingsproblematiek alsmede eventuele liquiditeitsproblemen bij de begunstigde. Bij de tweede oplossingsvariant werd de woonplaats van de verkrijger als aanknopingspunt van heffing genomen om zo verkrijgingen uit een in het buitenland gevestigde trust door een in Nederland wonende verkrijger in de heffing te kunnen betrekken. Een nadeel van deze variant is dat vermogen niet kan worden belast als het in de trust blijft zitten. Uiteindelijk is voor de eerste oplossingsvariant gekozen met de invoering van het zgn. afgezonderde particuliere vermogen (APV). Hierover gaat de bijdrage van T.N. Peters van Neijenhof en A.W.F. van Beers.

De tweede constructie die de staatssecretaris aankondigde te zullen gaan bestrijden betrof de ik-opa-testamenten, turbotestamenten en superturbotestamenten. Hiertoe is art. 10 Successiewet ingrijpend gewijzigd. In dit verband zijn ook de overige fictiebepalingen aangepast, in die zin dat met name de werkingssfeer van deze bepalingen is uitgebreid. In 'De fictiebepalingen met ingang van 1 januari 2010' bespreekt I.J.F.A. van Vijfeijken deze wijzigingen. Het zwaartepunt ligt bij art. 10 Successiewet. In de daaropvolgende bijdrage 'De verdeling van de nalatenschap en artikel 10, vijfde lid Successiewet' wordt meer specifiek ingegaan op de werking van het nieuwe vijfde lid van art. 10.

Na de lezing van de staatssecretaris was de verwachting dat de fictiebepalingen grondig zouden worden herzien. Daar is het echter niet van gekomen. Een fundamentele discussie over het bestaansrecht van de fictiebepalingen, en dan met name over art. 10 Successiewet, is in het geheel niet gevoerd. Art. 10 Successiewet is, zoals was aangekondigd, aangescherpt. Dat geldt over het algemeen gesproken ook voor de andere fictiebepalingen.

Tijdens het wetgevend proces is bij de wijziging van de fictiebepaling ook een uitgebreide regeling opgenomen die ziet op de zgn. renteproblematiek. Onduidelijk was immers hoe een rente-overeenkomst tussen nabestaanden moest worden behandeld voor de toepassing van de Successiewet. Tevens bestond onduidelijkheid over de fiscale behandeling van 'bovenmatige' rente. Aan deze problematiek en de renteloze direct opeisbare lening wordt aandacht besteed in

<sup>1</sup> Zie de bijdrage van K.J.M. van Bommel en J.J. de Pagter, De Wet schenk- en erfbelasting. Verslag van het gastcollege van staatssecretaris van Financiën De Jager van 14 april 2008, *WFR* 2008/501.

de bijdrage van T.N. Peters van Neijenhof, 'Een drietal rentebepalingen in de Successiewet 1956'. De kwesties omtrent de renteovereenkomsten en de hoogte van de rente zijn adequaat opgelost.

In zijn lezing gaf de staatssecretaris aan ook de manipulatiemogelijkheden met de herroepelijke schenking te willen bestrijden. Hiertoe is art. 53 Successiewet aangepast. T.N. Peters van Neijenhof gaat in haar bijdrage 'De gevolgen van schenkingen onder voorwaarden onder de nieuwe Successiewet' op deze reparatiewetgeving in. Teleurstellend is echter dat slechts sprake is van reparatiewetgeving in de Successiewet. De onzekere fiscale gevolgen van de herroepelijke schenking voor de inkomstenbelasting zijn daarmee niet opgehelderd.<sup>2</sup>

Het derde voornemen bestond uit een betere stroomlijning en afstemming van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Deze faciliteiten zouden beperkt moeten blijven tot 'echte' bedrijfsopvolgingen en de faciliteiten in de inkomstenbelasting en de Successiewet zouden beter op elkaar afgestemd moeten worden. In 'De nieuwe bedrijfsopvolgingsregeling: vragen, antwoorden en nieuwe vragen...' gaat S.A.M. de Wijkerslooth-Lhoëst in op de faciliteiten voor de Successiewet. In de daaropvolgende bijdrage bespreekt M.J.A.M. van Gijlswijk de gewijzigde faciliteiten in de inkomstenbelasting. Uit deze bijdragen blijkt dat de tegemoetkoming weliswaar is verruimd, maar dat de toepassing van de faciliteiten aan strengere eisen is gebonden. Ook is de afstemming tussen beide heffingswetten niet helemaal gelukt.

Tijdens zijn voordracht aan de UvT is niet gebleken dat de fiscale behandeling van algemeen nut beogende instellingen nodig wijziging moest ondergaan. Toch heeft ook op dit terrein een ingrijpende wijziging plaatsgevonden. De eisen voor een algemeen nut beogende instelling zijn aangescherpt en een nieuwe figuur in de vorm van de sociaal belang behartigende instelling is in het leven geroepen. Hierover gaat de bijdrage van I.J.F.A. van Vijfeijken, 'Algemeen nut beogende instellingen en sociaal belang behartigende instellingen'. Ook hier geldt dat de wijzigingen in de Successiewet hebben plaatsgevonden en dat de inkomstenbelasting geheel buiten beschouwing is gebleven. Een herbezinning van de fiscale behandeling van giften aan een algemeen nut beogende instellingen heeft derhalve niet plaatsgevonden.

In zijn voordracht heeft de staatssecretaris ook aangekondigd dat de Successiewet meer zou gaan aansluiten bij de economische realiteit. Van Bommel en De Pagter parafraseren de staatssecretaris als volgt:<sup>3</sup>

'Eén van de huidige discrepanties tussen economische realiteit en fiscale behandeling betreft het feit dat sinds 2003 goederen naar de langstlevende partner gaan en de kinderen slechts een niet-oepsbare vordering krijgen op de langstlevende, maar de kinderen desalniettemin direct successierechten dienen te betalen. Het probleem voor de nabestaanden is dat nu over die vordering van de kinderen wel meteen belasting wordt geheven bij de kinderen, terwijl de kinderen nog geen economische eigendom bezitten.'

Uiteindelijk is van deze economische benaderingswijze niets terecht gekomen. De staatssecretaris heeft in oktober 2008 aan de Tweede Kamer laten weten dat defiscalisering van onderbedelingsvorderingen leidt tot een verschuiving van de belastingdruk naar een groep die hij juist meer zou willen ontzien. Hij suggereert hiermee dat in geval van kleinere nalatenschappen de belastingdruk toeneemt. Vier (oud-) studenten van het Fiscaal Instituut Tilburg hebben onderzocht of deze bewering juist is en hun resultaten zijn neergelegd in de laatste bijdrage aan deze bundel.

Tot slot verdient nog opmerking dat met ingang van 1 januari 2010 het recht van overgang is afgeschaft. Na de arresten van het HvJ EG inzake Eckelkamp<sup>4</sup> en Arens-Sikken<sup>5</sup> is dit een wijs besluit. Het is een nagenoeg onmogelijke opgave om tot een sluitende heffing te komen die tevens EU-proof is.<sup>6</sup> Gezien de geringe opbrengst (6 miljoen euro) ligt afschaffing dan het meest voor de hand. In dit verband verdient het Besluit voorkoming dubbele belasting (hierna: BVDB 2001) nog wel aandacht. In dit besluit is de rangorde van heffingsrechten neergelegd. Zoals internationaal gezien gebruikelijk is, komen de sterkste heffingsrechten toe aan het land dat heft op grond van het situsbeginsel. Tweede in rij is het land dat heft op grond van het woonplaatsbeginsel<sup>7</sup> en daarna volgt het land dat heft op grond van het nationaliteitsbeginsel.<sup>8</sup> Dit is ook als zodanig verwoord in het BVDB 2001. Op grond van het bepaalde in artikel 47 BVDB 2001, geeft Nederland voorkoming indien een andere staat heft over aldaar gelegen situsgoederen. Wat onder situsgoederen wordt verstaan, bepaalt de betreffende staat zelf. Zo gaf Nederland tot 1 januari 2010 voorkoming voor successie- en schenkingsrecht

<sup>2</sup> I.J.F.A. van Vijfeijken, De fiscale behandeling van de herroepelijke schenking, *WPNR* (2008) 6744.

<sup>3</sup> Zie noot 1.

<sup>4</sup> HvJ EG 11 september 2008, C-11/07.

<sup>5</sup> HvJ EG 11 september 2008, C-43/07.

<sup>6</sup> I.J.F.A. van Vijfeijken, De beperkte schuldenaftrek voor het recht van overgang, *WFR* 2009/341.

<sup>7</sup> Gekoppeld aan de woonplaats van de erflater of de schenker.

<sup>8</sup> De hekkensluiser is het land dat heft op grond van woonplaats van de verkrijger. Aangezien dit in Nederland geen aanknopingspunt van heffing is, komen we hierover ook geen bepaling tegen in het BVDB 2001.

- <sup>9</sup> Zie de tekst van art. 47 BVDB 2001. De in het eerste en vijfde lid opgesomde goederen komen overeen met die van art. 5, tweede lid e.v. (oud) Successiewet. Wat de schulden betreft wijkt deze gelijkstelling iets af door de tekst van art. 47, derde lid, onderdeel a BVDB 2001. Ook het slot van art. 48, eerste lid verwijst naar de bezittingen als bedoeld in het vervallen art. 5.
- <sup>10</sup> Het gemeenschapsrecht dwingt een lidstaat niet om de dubbele heffing die aldus kan ontstaan weg te nemen. Zie HvJ EG 12 februari 2009, C-67/08 (Margarete Block).

dat is toe te rekenen aan buitenlandse bezittingen en schulden als bedoeld in artikel 5 Successiewet.<sup>9</sup>

Door de afschaffing van het recht van overgang, kent Nederland geen situsgoederen meer en dat zou betekenen dat Nederland ook geen voorkoming meer geeft voor erf- of schenkbelasting die het buitenland heft over aldaar gelegen situsgoederen.<sup>10</sup> Dat leidt onder andere tot dubbele heffing voor alle inwoners van Nederland die in het buitenland een vakantiehuis bezitten. Het is daarom wenselijk dat de strekking van art. 47 en 48 BVDB 2001 gehandhaafd blijft. Voor welke situsgoederen voorkoming wordt gegeven dient opnieuw overwogen te worden. Aandelen in art. 4 WBR lichamen en de economische eigendom van onroerende zaken zijn destijds in art. 47 BVDB 2001 opgenomen, omdat het recht van overgang met die vermogensbestanddelen werd uitgebreid. De vraag is of deze onder de nieuwe regelgeving nog steeds als buitenlandse situsgoederen moeten worden aangemerkt, of dat de werking van art. 47 BVDB 2001 wordt beperkt tot de traditionele situsgoederen, zoals onroerende zaken. Ten tijde van het ter perse gaan van deze bundel, was het BVDB 2001 nog niet aangepast.

Tevens dient het BVDB 2001 te worden aangepast in verband met het gewijzigde regime voor de schenking onder opschortende voorwaarde. Zie hiervoor het slot van de bijdrage van T.N. Peters van Neijenhof, 'De gevolgen van schenking onder voorwaarden onder de nieuwe Successiewet'.

Alles overziend zijn de wijzigingen met ingang van 1 januari 2010 niet zo ingrijpend als de staatssecretaris voor ogen had tijdens zijn openbaar college. De discussie over het aanknopingspunt van heffing (woonplaats van de verkrijger in plaats van woonplaats van de erflater) is niet gevoerd. Tevens is van de meer economische benaderingswijze in de Successiewet niets gekomen. De door hem gesignaleerde constructies zijn daarentegen voortvarend aangepakt.

---

# OVER KINDEREN, PARTNERS, TARIEVEN EN VRIJSTELLINGEN

prof. mr. I.J.F.A. van Vijfeijken  
mr. N.C.G. Gubbels

## 1 De nieuwe tariefstructuur en vrijstellingen

Hier is het allemaal om begonnen. Iedereen was het erover eens dat de tarieven, en dan met name voor derdenverkrijgers, naar beneden moesten. Het hoogste tarief bedraagt sinds 1 januari 2010 40%. Dat lijkt alleszins acceptabel, als we beseffen dat de vergoeding voor arbeid (boven €118.000) wordt belast tegen 52%.<sup>1</sup>

Voor kinderen en partners is het laagste tarief van 5% verhoogd naar 10%. Om de drukverzwaring die hierdoor zou ontstaan, weg te nemen zijn de vrijstellingen voor de erfbelasting voor de partner en de kinderen verhoogd. Hierdoor treedt voor hen geen nadelig effect op. Voor het gros van de erfrechtelijke verkrijgingen in de rechte lijn is er dus feitelijk niets veranderd. De kinderen die grote nalatenschappen erven gaan er echter wel op vooruit. Het toptarief is immers gedaald van 27% voor verkrijgingen vanaf circa €900.000 naar 20%. De vraag is of deze verlaging noodzakelijk was. Afgezet tegen de tarieven in de inkomstenbelasting zou ook 30% aan de top nog een zeer redelijk tarief zijn.<sup>2</sup> Voor schenkingen aan kinderen is de belastingdruk toegenomen. Als een ouder in 2009 €20.000 schonk aan een kind werd dit bedrag, verminderd met de vrijstelling van circa €4.500, belast naar 5%. Met ingang van 1 januari 2010 is dit belast tegen 10%. Bij schenkingen vanaf ongeveer €100.000 is de druk gelijk aan de vroegere druk en bij schenkingen vanaf ongeveer €350.000 neemt de druk af in vergelijking met het verleden.

De vrijstellingen zijn aanzienlijk vereenvoudigd. De drempelvrijstellingen zijn vervallen en daarmee ook art. 35 Successiewet. Alle vrijstellingen hebben de vorm van een voetvrijstelling.

## 2 Partners

### 2.1 Vrijstelling

De vrijstelling voor de partner is verhoogd tot €600.000. Dit is ongeveer €70.000 meer dan de oude vrijstelling. Niet uit het oog mag worden verloren dat deze vrijstelling in veel gevallen aanzienlijk kleiner is door de imputatieregule van art. 32, tweede lid Successiewet.

### 2.2 Het nieuwe partnerbegrip

Het partnerbegrip tot 1 januari 2010 kende veel verschillende verschijningsvormen. Voor een overzicht hiervan verwijzen wij naar WFR 2008/571.<sup>3</sup> De partnervrijstelling kan slechts worden gerechtvaardigd door een verzorgingsverplichting. Voor de echtgenoot en de geregistreerde partner vloeit deze rechtstreeks voort uit de wet. Dit is niet het geval voor samenwoners. Het enkel lang samenleven brengt niet zonder meer een wederzijdse zorgverplichting mee, noch binnen een tweerelatie, noch binnen een meerrelatie. Als partners ongehuwd samenwonen en onderling een wederzijdse zorgverplichting overeenkomen, vastgelegd bij notariële akte, bestaat er geen twijfel over de intentie van partijen en is de fiscale behandeling als partner gerechtvaardigd. Aansluiting bij het partnerbegrip uit de inkomstenbelasting is niet noodzakelijk, nu beide begrippen binnen deze wetten verschillende functies dienen. In de inkomstenbelasting gaat het om de jaarlijkse bestedingsruimte, die overigens ook kan worden beïnvloed door de zorgverplichting. In de Successiewet gaat het enkel om de zorgverplichting. Overigens bestaan er geen overwegende bezwaren om bij de inkomstenbelasting aan te sluiten. Maar blijkbaar is de wetgever nog steeds beducht voor misbruik als het schenkingen betreft. Daarvoor geldt immers een termijn van twee jaar.

Op grond van het bepaalde in art. 1a, eerste lid Successiewet kan iedere schenker of erflater maximaal één partner hebben. De vraag is hoe te handelen als een erflater of schenker meerdere echtgenoten heeft. Een bepaling overeenkomstig art. 1.2, zesde lid Wet IB 2001 ontbreekt. Is de schenker of erflater gehuwd, maar voert hij een gezamenlijke huishouding als bedoeld in het vierde lid (zie paragraaf 2.4) met een ander, dan is zijn echtgenoot zijn partner. Zolang hij gehuwd is, kan degene met wie hij een gezamenlijke huishouding voert niet zijn partner zijn voor de toepassing van onderhavige wet. Dit is slechts anders als hij is gescheiden van tafel en bed (zie hierna paragraaf 2.3).

<sup>1</sup> In het oorspronkelijke voorstel lag de grens op €125.000, maar dit bedrag is verlaagd naar €118.000 om met die opbrengst ook kinderen van de ongehuwde partner het zgn. kind-regime te gunnen en om een verhoogde vrijstelling voor gehandicapte kinderen te realiseren. Zie *Kamerstukken II* 2009-2010, 31 930, nr. 83.1.

<sup>2</sup> Het argument dat een extra tariefschijf afbreuk zou doen aan de vereenvoudiging overtuigt ons niet.

<sup>3</sup> I.J.F.A. van Vijfeijken, De positie van de langstlevende in de Wet schenk- en erfbelasting.

<sup>4</sup> In zijn brief van 29 oktober 2009, DB/2009/00M, p. 2, heeft de staatssecretaris aangekondigd dat hij bij Besluit goed zal keuren dat ook de echtgenoot van een van tafel en bed gescheiden erflater onder het partnertarief zal vallen. De erflater moet zijn echtgenoot dan als erfgenaam hebben aangewezen. Onduidelijk is wat de gevolgen zijn indien hij zowel zijn echtgenoot als zijn partner als erfgenaam heeft aangewezen.

<sup>5</sup> *Kamerstukken II*, 2001-2002, 28 015, nr. 6, p. 10.1.

<sup>6</sup> *Kamerstukken II* 2009-2010, 31 930, nr. 46.

<sup>7</sup> *Kamerstukken I* 2009-2010, 31 930, D, p. 11.

### 2.3 Echtgenoten en geregistreerde partners

Echtgenoten worden altijd als partner aangemerkt, tenzij zij zijn gescheiden van tafel en bed als bedoeld in titel 10, afdeling 1 van boek 1 BW. Het is niet vereist dat de echtgenoten een gezamenlijke huishouding voeren. Anders dan voor de Wet IB 2001 worden ook duurzaam gescheiden levende echtgenoten als echtgenoten aangemerkt. Pas indien het huwelijk formeel (door echtscheiding of door overlijden) is ontbonden, dan wel sprake is van een scheiding van tafel en bed worden de gehuwden niet meer als zodanig aangemerkt.<sup>4</sup> In art. 2, zesde lid AWR is het geregistreerd partnerschap gelijkgesteld aan het huwelijk. De geregistreerde partner wordt daardoor voor alle rijksbelastingen gelijkgesteld aan de echtgenoot.

### 2.4 Samenwoners

**2.4.1 Hoofregel** Volgens art. 1a Successiewet is een samenwoner met ingang van 1 januari 2010 alleen nog een partner als is voldaan aan de voorwaarden van art. 1a, vierde lid. Deze voorwaarden zijn ontleend aan het voormalige art. 24, tweede lid, onderdeel a, waarbij de onbegrijpelijke eis dat in de voorafgaande vijf jaren, voor zover mogelijk, moet zijn geopteerd voor het partnerschap in de inkomstenbelasting, terecht is vervallen. De samenwoners dienen bij het overlijden van één van hen te beschikken over een notariële akte waarin de verzorgingsverplichting is vastgesteld en die akte dient minimaal zes maanden voor het overlijden te zijn opgemaakt.<sup>5</sup> Dat betekent dat samenwoners die voorheen onder art. 24, tweede lid, onderdeel b en c vielen, met ingang van 1 januari 2010 niet meer als partner zouden worden aangemerkt. Deze samenwoners kunnen dit 'tekort' wegwerken door alsnog een notarieel samenlevingscontract aan te gaan.

Bij amendement is echter een uitzondering op dit notariële contract opgenomen voor samenwoners die gedurende een onafgebroken periode van ten minste vijf kalenderjaren een gezamenlijke huishouding hebben gevoerd (art. 1a, zesde lid).<sup>6</sup> Alle andere eisen gelden wel voor deze samenwoners. Dat betekent dat alleen de jaren tellen vanaf hun 18e verjaardag en dat ze gedurende die vijfjaarsperiode op hetzelfde adres stonden ingeschreven in de gemeentelijke basisadministratie.

**2.4.2 Overgangsrecht** Er is voorzien in overgangsrecht. Op grond van het bepaalde in art. XII, eerste lid, onderdeel b, sub 1 geldt de eis van het notariële samenlevingscontract eerst met ingang van 1 januari 2012. Indien samenwoners aan de overige eisen voldoen van het vierde lid (zes maanden op hetzelfde adres staan ingeschreven vanaf 18e verjaardag, etc.), maar nog geen notarieel verleden samenlevingscontract hebben, is bij overlijden van één van beiden vóór 1 januari 2012 toch het partnerregime van toepassing.

Hebben samenwonenden in de periode tot 1 januari 2012 een notarieel samenlevingscontract gesloten, dan geldt volgens het overgangsrecht niet de eis dat dit contract ook daadwerkelijk zes maanden voor het overlijden moet zijn verleden (art. XII, eerste lid, onderdeel b, sub 2). Voldoen de samenwoners derhalve aan alle eisen van het vierde lid, maar overlijdt een der partners binnen zes maanden na het aangaan van het notariële samenlevingscontract, dan is ook in dat geval het partnerregime van toepassing.

Door deze overgangsregeling krijgt amendement 46 dus eerst betekenis vanaf 1 januari 2012. Van 1 januari 2010 tot en met 31 december 2011 geldt de eis van een notarieel contract met zorgverplichting immers nog niet.<sup>7</sup>

**2.4.3 Bloed- en aanverwanten in de rechte lijn** Bloed- en aanverwanten in de rechte lijn kunnen het partnerregime vanaf 1 januari 2010 niet meer deelachtig worden. Deze uitzondering is opgenomen om te voorkomen dat er verschillen ontstaan tussen de kinderen. Indien een ouder alleenstaand is (omdat hij is gescheiden of omdat zijn echtgenoot is vooroverleden) en een kind woont nog thuis, zou dat kind door aan de hiervoor genoemde voorwaarden te voldoen de partnervrijstelling deelachtig worden. Voor de andere kinderen geldt de vrijstelling van € 19.000. Dit verschil in behandeling acht de wetgever onwenselijk.

Op deze regel geldt één uitzondering. Bloedverwanten in de eerste graad (ouders/kinderen) kunnen toch elkaars partner zijn, indien deze bloedverwant een uitkering als bedoeld in art. 19a van de Wet maatschappelijke ondersteuning heeft genoten in verband met in het kalenderjaar voorafgaand aan het overlijden verleende zorg (art. 1a, zevende lid). Het gaat hier over het zgn. mantelzorgcompliment. Indien een kind hiervoor in aanmerking komt, kan dit

kind wel als partner van de ouder worden aangemerkt, mits aan alle overige voorwaarden is voldaan.<sup>8</sup> Dat betekent dat beiden gedurende minimaal zes maanden een gezamenlijke huishouding hebben gevoerd, blijkend uit de gezamenlijke inschrijving in de gemeentelijke basisadministratie. Tevens dient er een notarieel samenlevingscontract met zorgverplichting te zijn en telt alleen de periode vanaf de 18e verjaardag. De reikwijdte van deze uitzondering is zeer beperkt. Zij geldt bijvoorbeeld niet indien een dochter voor het mantelzorgcompliment in aanmerking komt terwijl zij bij haar beide ouders inwoont. Ervan uitgaande dat de ouders zijn gehuwd, kan de dochter niet met een van hen een partnerschap vormen. Ook geldt de faciliteit niet voor het kind dat mantelzorg verleent en om de hoek bij (bijvoorbeeld) de moeder woont. Er is dan immers geen sprake van een gezamenlijke huishouding. Verleent een schoonkind mantelzorg, dan wordt dit schoonkind op grond van art. 19, eerste lid als bloedverwant aangemerkt en zou dus in beginsel voor het partnerregime in aanmerking komen, ware het niet dat het huwelijk met het eigen kind dit partnerschap verhindert. Partners binnen een huwelijk zijn immers altijd elkaars partners. Partnerschap met dit schoonkind is slechts mogelijk als het eigen kind is overleden. De aanverwantschap van het schoonkind blijft dan bestaan en op grond van art. 19, eerste lid, onderdeel a wordt dit kind dan nog steeds als een bloedverwant aangemerkt. Wordt de ouder opgenomen in een verpleeghuis, dan wordt de gezamenlijke huishouding verbroken en geldt niet langer het partnerregime. De uitzondering van het achtste lid is op dit partnerschap niet van toepassing.

**2.4.4 Verbreking van de gezamenlijke huishouding buiten de wil van partijen** In het achtste lid is voorzien in een verbreking van de gezamenlijke huishouding buiten de wil van partijen. De gezamenlijke huishouding is een feitelijke toestand die eindigt als de partners definitief uiteengaan. Indien derhalve een partner wordt opgenomen in een verzorgings- of verpleegtehuis zonder dat er uitzicht is op terugkeer, kan men twisten over het antwoord op de vraag of de gezamenlijke huishouding nog bestaat.<sup>9</sup> Om de onzekerheid op dit terrein weg te nemen, bepaalt het achtste lid dat indien de gezamenlijke huishouding buiten de wil van partijen wordt beëindigd, deze wordt geacht te hebben voortbestaan tot aan het overlijden of de schenking.<sup>10</sup>

## 2.5 Maximaal één partner

Zoals gezegd bepaalt art. 1a, eerste lid uitdrukkelijk dat iedere persoon op enig moment nog slechts één partner kan hebben. Stel een man woont duurzaam gescheiden van zijn vrouw en voert een gezamenlijke huishouding met een derde. Tot 1 januari 2010 kwalificeerden zowel de vrouw als de concubine als partner. Onder de nieuwe regeling is dat niet meer mogelijk. De echtgenote gaat voor de concubine (tenzij de man is gescheiden van tafel en bed<sup>11</sup>), omdat twee personen die niet met elkaar zijn gehuwd, alleen elkaars partner kunnen zijn als ze allebei ongehuwd zijn. In de praktijk doet het zich met enige regelmaat voor dat een echtpaar om hen moverende reden niet wil scheiden, maar ieder vervolgens wel zijn eigen leven leidt. Als de man uit het hiervoor genoemde voorbeeld in zijn testament zijn concubine als erfgenaam heeft benoemd, wordt zij onder de nieuwe Successiewet als derde beschouwd. Overlijdt de concubine als eerste en erft de man haar vermogen, dan is op hem evenmin het partnerregime van toepassing.

De vraag rijst waarom geen aansluiting is gezocht bij de inkomstenbelasting, waar de echtgenoot niet als partner wordt beschouwd als echtelieden duurzaam gescheiden leven. Het bezwaar tegen deze aansluiting zou gelegen kunnen zijn in de omstandigheid dat de uit het huwelijk voortvloeiende zorgverplichting voor de echtgenoot blijft bestaan, ook al wonen de echtelieden duurzaam gescheiden. Dat pleit ervoor om de echtgenoot onder alle omstandigheden als partner te beschouwen. Maar de man uit het voorbeeld kan ook een zorgverplichting jegens zijn concubine ervaren. Voortzetting van het oude systeem had daarom de voorkeur. In dit soort gevallen zou sprake moeten kunnen zijn van twee partners die beiden het partnerregime deelachtig worden.<sup>12</sup>

## 2.6 Uniformering partnerbegrip

In zijn brief aan de Tweede Kamer van 15 april 2009<sup>13</sup> schrijft de staatssecretaris dat hij voornemens is het partnerbegrip voor de verschillende heffingswetten zoveel mogelijk te uniformeren. Hieraan is inmiddels uitvoering gegeven in de Fiscale vereenvoudigingswet 2010.<sup>14</sup> Voorgesteld wordt om een basispartnerbegrip op te nemen in art. 5a AWR. Dit artikel gaat als volgt luiden:

**1** Als partner wordt aangemerkt:

**a** de echtgenoot;

**b** de ongehuwde meerderjarige persoon waarmee de belastingplichtige een notarieel samenlevingscontract is aangegaan en met wie hij staat ingeschreven op hetzelfde woonadres in de gemeentelijke basisadministratie persoonsgegevens of een daarmee naar aard en strekking overeenkomende administratie buiten Nederland.

<sup>8</sup> Dit geldt ook omgekeerd als een ouder een mantelzorgcompliment heeft ontvangen voor verleende zorg aan zijn kind.

<sup>9</sup> Zie HR 18 januari 2008, *BNB* 2008/60.

<sup>10</sup> *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 930, nr. 3, p. 27.

<sup>11</sup> Zie par. 2.3.

<sup>12</sup> Het budgettaire beslag zal niet groot zijn, omdat in dit soort gevallen de echtgenoot vaak is overleden en feitelijk het partnerregime alleen wordt genoten door de concubine.

<sup>13</sup> Kenmerk DB/2009/181 M.

<sup>14</sup> *Kamerstukken II* 2009-2010, 32 130.



- 2 Degene die ingevolge het eerste lid voor een deel van het kalenderjaar als partner wordt aangemerkt, wordt ook als partner aangemerkt in de andere perioden van het kalenderjaar, voor zover hij in die perioden op hetzelfde woonadres als de belastingplichtige staat ingeschreven in de gemeentelijke basisadministratie persoonsgegevens of een daarmee naar aard en strekking overeenkomende administratie buiten Nederland.
- 3 Voor de toepassing van het eerste lid wordt een persoon die van tafel en bed is gescheiden, aangemerkt als ongehuwd. Bij ministeriële regeling kunnen nadere regels worden gesteld ten behoeve van de uitvoering van dit lid.
- 4 In afwijking van het eerste lid wordt een persoon niet meer als partner aangemerkt ingeval:
  - a een verzoek, zoals bedoeld in artikel 150, respectievelijk 169 van het Burgerlijk Wetboek tot ontbinding van het huwelijk, respectievelijk tot scheiding van tafel en bed is ingediend, en
  - b hij niet meer op hetzelfde woonadres in de gemeentelijke basisadministratie persoonsgegevens of een daarmee naar aard en strekking overeenkomende administratie buiten Nederland staat ingeschreven als de belastingplichtige.
- 5 Een persoon kan op enig moment slechts één partner hebben. Ingeval een persoon meer dan één echtgenoot heeft, wordt alleen de echtgenoot uit de oudste verbintenis als partner aangemerkt. Bij meer dan één notarieel samenlevingscontract, wordt alleen het oudste samenlevingscontract in aanmerking genomen. Een notarieel samenlevingscontract met meer dan één persoon, wordt niet in aanmerking genomen.
- 6 Bij ministeriële regeling kunnen regels worden gesteld op basis waarvan iemand die niet in Nederland woont, geacht wordt op zijn woonadres te zijn ingeschreven in een naar aard en strekking met de gemeentelijke basisadministratie persoonsgegevens overeenkomende administratie buiten Nederland.

Met ingang van 1 januari 2011 zal dit partnerbegrip het uitgangspunt zijn voor de fiscale wetgeving, maar in de afzonderlijke heffingswetten kan hierop worden gevarieerd, afhankelijk van doel en strekking van de betreffende wet.

In grote lijnen komt het algemene partnerbegrip overeen met het huidige partnerbegrip in art. 1a Successiewet. Een belangrijke verandering zien we echter in art. 5, vierde lid. Vanaf het moment dat een verzoek tot ontbinding van het huwelijk of tot scheiding van tafel en bed is ingediend en de echtgenoten niet meer staan ingeschreven op hetzelfde adres in de gemeentelijke basisadministratie, zijn echtgenoten niet langer elkaars partner.

Onduidelijk is nog of en hoe van dit algemene partnerbegrip zal worden afgeweken voor de toepassing van de Successiewet.

### 3 Kinderen

#### 3.1 Vrijstellingen

**3.1.1 Algemeen** Alle kinderen hebben met ingang van 1 januari 2010 dezelfde vrijstelling. De verhoogde vrijstelling voor gehandicapte kinderen is op de valreep gehandhaafd en bedraagt voor 2010 €57.000. Vrijstellingen vinden hun rechtvaardiging in een verzorgingsverplichting jegens de verkrijger.<sup>15</sup> Deze is groter als de kinderen in economische zin nog afhankelijk zijn van de ouders. Vandaar dat tot 1 januari 2010 de wet voorzag in een grotere vrijstelling voor kinderen naarmate het kind jonger was. Waarom dit uitgangspunt is verlaten, is niet toegelicht. Daar staat echter tegenover dat de pensioenimputatie voor kinderen is vervallen. De vraag is dan ook of jonge kinderen er qua vrijstelling op achteruit zijn gegaan.

**3.1.2 Extra vrijstelling voor aankoop woning of studie** Bij amendement (nr. 82) is een extra verhoging van de eenmalig verhoogde vrijstelling voor kinderen tussen de 18 en 35 jaar in de wet opgenomen. De eenmalig verhoogde vrijstelling<sup>16</sup> bedraagt voor 2010 €24.000. Dit bedrag kan worden verhoogd tot €50.000 indien het bedrag wordt gebruikt ter verwerving van een eigen woning of is bestemd voor de betaling van kosten van een studie of opleiding, welke kosten aanzienlijk hoger zijn dan gebruikelijk. Bij deze vrijstelling hoort een aantal opmerkingen. In de eerste plaats rijst de vraag of slechts die extra verhoging met €26.000 dient te worden gebruikt voor de verwerving van een woning, of de gehele schenking van maximaal €50.000. Naar de tekst van de wet dient het gehele bedrag te worden aangewend voor de aankoop van een woning (of bekostiging van een dure studie). Het bedrag van de reguliere vrijstelling (€5.000 voor 2010) kan worden verhoogd tot €50.000 'indien het bedrag is geschonken ter zake van de verwerving van de eigen woning'. In de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer wordt echter opgemerkt dat de eenmalig verhoogde vrijstelling van

<sup>15</sup> I.J.F.A. van Vijfeijken, Contouren voor een nieuwe Successiewet, WPNR (2004) 6576.

<sup>16</sup> Kamerstukken I 2009–2010, D, p. 57.



€50.000 kan worden gesplitst in een bedrag van €26.000 dat wordt gebruikt voor de aanschaf van een woning en een bedrag van €24.000 dat wordt gebruikt voor andere doeleinden. Deze interpretatie is niet in overeenstemming met de wettekst.

In art. 5 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting zijn nadere voorwaarden gesteld die moeten waarborgen dat het geschonken bedrag ook werkelijk is gebruikt voor de verwerving van de eigen woning. De schenking dient te zijn gedaan onder de opschortende voorwaarde dat de begiftigde een eigen woning heeft verworven. Dat betekent dat pas uitvoering aan de schenking kan worden gegeven op het moment dat het kind een eigen woning als bedoeld in art. 3.111 Wet IB 2001 verwerft. Door deze figuur wordt voorkomen dat de vrijstelling kan worden benut voor een schenking die wordt gedaan op een tijdstip lang voordat het kind een woning aankoopt of wanneer nog onzeker is dat ooit een woning zal worden gekocht. Voor de controlebaarheid is vereist dat de schenking, inclusief de opschortende voorwaarde, moet worden gedaan bij notariële akte. In onderdeel c van art. 5 is de eis opgenomen dat met schriftelijke bewijzen moet kunnen worden gestaafd dat het geschonken bedrag daadwerkelijk is aangewend voor de aankoop van de eigen woning. Hierbij kan worden gedacht aan een afzonderlijke vermelding van dat bedrag op de afrekening van de notaris die de levering van de woning heeft verzorgd.<sup>17</sup>

<sup>17</sup> Zie de toelichting op de Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting, *Staatscourant* 2009, nr. 20619.

Er is in dit verband flankerende wetgeving in de inkomstenbelasting opgenomen om te bereiken dat de maximale eigenwoningschuld wordt verminderd met het geschonken bedrag.<sup>18</sup> Benadrukt wordt dat de verhoogde vrijstelling alleen geldt als het bedrag wordt gebruikt voor de verwerving van een eigen woning en dus niet geldt als het bedrag wordt gebruikt om een bestaande eigenwoningschuld gedeeltelijk af te lossen.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> Zie art. 3.119a, eerste lid, slot Wet IB 2001.

<sup>19</sup> Zie ook *Kamerstukken I* 2009-2010, 31 930, D, p. 14.

De verhoogde vrijstelling geldt eveneens indien het bedrag wordt gebruikt voor de bekostiging van een dure studie. Men realiseert zich dat er wel eerst sprake van een schenking moet zijn. Indien ouders een studie van een kind bekostigen die aanzienlijk duurder is dan gebruikelijk, is nog niet zonder meer sprake van een schenking. Daarvoor is immers vrijgevigheid vereist. In veel gevallen zal de betaling van dergelijke studiekosten voortvloeien uit de verplichting van ouders om te voorzien in het levensonderhoud van hun kinderen, dan wel als de voldoening aan een natuurlijke verbintenis kunnen worden beschouwd. Daarbij spelen de specifieke behoeften van het kind en de financiële positie van de ouders een rol. Is sprake van het voorzien in het levensonderhoud of de voldoening aan een natuurlijke verbintenis, dan komt men niet toe aan een belastbare schenking en komt men dus ook niet toe aan de vrijstelling.<sup>20</sup> Mocht in een uitzonderlijk geval wel sprake zijn van vrijgevigheid, dan kan een beroep op de verhoogde vrijstelling worden gedaan, mits is voldaan aan de voorwaarden zoals opgenomen in art. 6 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting.

<sup>20</sup> Zie ook *Kamerstukken I* 2009-2010, 31 930, D, p. 15. In art. 6, tweede lid Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting worden kosten voor een studie of beroep aangemerkt als aanzienlijk hoger dan gebruikelijk indien deze, exclusief de kosten voor levensonderhoud, ten minste €20.000 per jaar bedragen.

**3.1.3 Overgangsrecht** Indien voor 1 januari 2010 reeds gebruik is gemaakt van de eenmalig verhoogde vrijstelling, kan aan deze kinderen tot het bereiken van de 35-jarige leeftijd een aanvullende eenmalige schenking worden gedaan, vrij van schenkbelasting van maximaal €26.000, indien dit bedrag wordt gebruikt voor de aankoop van een eigen woning en bij de gift een beroep wordt gedaan op de vrijstelling. Overigens verwijst art. 33, onderdeel 6 Successiewet niet naar een ministeriële regeling waarin nadere voorwaarden zullen worden gesteld. De voorwaarden zoals deze zijn opgenomen in art. 5 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting, gelden dan ook niet voor deze 'additionele' schenking.

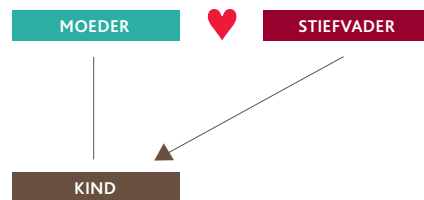
De overgangsregeling geldt niet voor de eenmalige verhoging voor schenkingen ter zake van een studie of opleiding.

## 3.2 Het begrip kind

Het begrip 'kinderen' wijzigt niet. Het is echter van belang nog eens stil te staan bij dit begrip, want het belang is groot. Is sprake van een kind, dan gelden de vrijstellingen art. 32, eerste lid, onderdeel 4, sub b en c in geval van een erfrechtelijke verkrijging en de vrijstelling van art. 33, lid 1, onderdeel 5 in geval van een schenking. Hierbij moet worden opgemerkt dat voor laatstbedoelde vrijstelling niet voldoende is dat een kind verkrijgt. Het kind dient van 'de ouder' te verkrijgen. Hier komen wij later op terug. Daarnaast valt een kind onder de eerste tariefgroep van art. 24, eerste lid Successiewet. Deze tariefgroep is immers van toepassing op '(...) afstammelingen (...)'.<sup>21</sup>

Een aantal bepalingen speelt een rol. In art. 2, derde lid, onderdeel i AWR is het begrip kind gedefinieerd als: 'eerstegraads bloedverwant en aanverwant in de neergaande lijn'. Art. 1:3, derde lid BW bepaalt dat aanverwantschap door ontbinding van het huwelijk niet wordt

opgeheven. Art. 19, eerste lid Successiewet bepaalt dat voor de toepassing van de Successiewet aanverwantschap wordt gelijkgesteld aan bloedverwantschap, 'doch na ontbinding van het huwelijk dat de aanverwantschap deed ontstaan, alleen indien het door de dood is ontbonden'. Hierna gaan wij in op een aantal situaties.

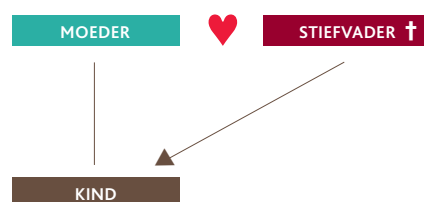


Situatie 1a: Kind verkrijgt schenking van stiefvader

De verkrijging in situatie 1a valt voor het stiefkind in tariefgroep I. Het kind is een bloedverwant van moeder. Op grond van art. 1:3 BW ontstaat daardoor aanverwantschap met de stiefvader. De conclusie dat het stiefkind daardoor als een eigen kind wordt aangemerkt, kan via twee wegen worden bereikt. In de eerste plaats bewerkstelligt de gelijkstelling van art. 19, eerste lid, onderdeel a Successiewet dat het kind als een bloedverwant van de stiefvader wordt beschouwd. Wetsystematisch juist is echter de route via de AWR. Hierin wordt het begrip kind gedefinieerd. Deze definitie geldt vervolgens voor alle rijksbelastingen, dus ook voor de Successiewet. Krachtens het bepaalde in art. 2, derde lid, onderdeel i AWR wordt het stiefkind - als eerstegraads aanverwant in de neergaande lijn - als kind aangemerkt en komt het aldus in aanmerking voor tariefgroep I.

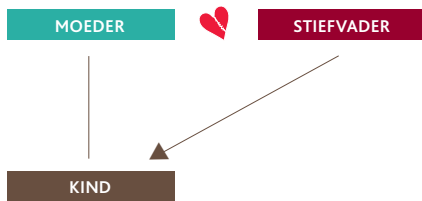
Alhoewel het stiefkind wordt aangemerkt als een eigen kind, geldt niet dat de stiefouder als ouder wordt aangemerkt. Deze gelijkstelling ontbreekt in de wet. Dit is van belang voor art. 28 SW. Hierin is bepaald dat schenkingen door ouders tezamen of afzonderlijk gedurende een kalenderjaar gedaan, worden aangemerkt als één schenking voor het gezamenlijke bedrag. Deze bepaling is in casu niet van toepassing. Een stiefouder is niet gelijkgesteld met een echte ouder.

De schenkingsvrijstelling van art. 33, eerste lid, onderdeel 5 Successiewet is van toepassing, omdat de stiefvader en de moeder zijn gehuwd. Op grond van art. 26 worden zij als één en dezelfde persoon aangemerkt voor de berekening van de verschuldigde schenkbelasting. De schenkbelasting wordt dan berekend alsof het kind van zijn moeder heeft verkregen.



Situatie 1b: Kind verkrijgt van overleden stiefvader

In deze figuur (1b) verkrijgt het kind uit de nalatenschap van de stiefvader. Hiervoor geldt hetgeen hiervoor bij 1a is opgemerkt: het stiefkind is een aanverwant in de neergaande lijn en dit wordt in art. 2, derde lid, onderdeel i AWR gedefinieerd als 'kind'. Het stiefkind komt dus in aanmerking voor tariefgroep I en de vrijstelling van art. 32, eerste lid, onderdeel c. In dit onderdeel wordt een vrijstelling aan 'kinderen' gegeven, zonder dat is bepaald dat de erfrechtelijke verkrijging van 'de ouder' afkomstig moet zijn.



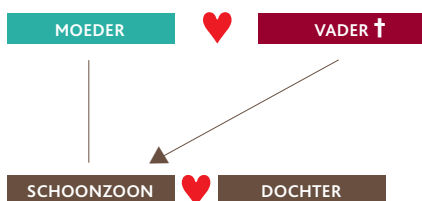
Situatie 1c: Kind verkrijgt van gescheiden stiefvader

In deze situatie (1c) verkrijgt het kind een schenking of erfenis van de stiefvader die inmiddels van de moeder is gescheiden. Ook hier is het kind een bloedverwant van moeder en - door het huwelijk op grond van art. 1:3 BW - een aanverwant van vader. Omdat in art. 2, derde lid, onderdeel i AWR is geregeld dat een kind ook is 'een aanverwant in de neergaande lijn', is het stiefkind in deze situatie gelijkgesteld met een kind. Dat art. 19, eerste lid, onderdeel a Successiewet regelt dat aanverwantschap alleen gelijk wordt gesteld met bloedverwantschap indien het huwelijk door de dood is ontbonden, doet aan het voorgaande niet af. Het stiefkind hoeft immers geen 'bloedverwant in de rechte lijn' te zijn. Voor de toepassing van de vrijstelling moet het een 'kind' zijn. Op grond van de in de AWR gegeven definitie is daarvoor voldoende dat het stiefkind een aanverwant van de stiefvader is. Doordat het kind als zodanig kwalificeert is de vrijstelling van art. 32, eerste lid, onderdeel 4 Successiewet van toepassing. Voor de schenkbelasting geldt de vrijstelling van art. 33, eerste lid, onderdeel 5 Successiewet echter niet, nu het kind niet verkrijgt van zijn 'ouder'. De bepaling van art. 26 Successiewet brengt nu geen uitkomst, omdat de moeder en stiefvader niet langer met elkaar zijn gehuwd. De vraag is natuurlijk of de wetgever zich dit verschil heeft gerealiseerd en waardoor dit dan wordt gerechtvaardigd.

Tariefgroep I is met ingang van 1 januari 2010 van toepassing op (o.a.) 'afstammelingen'. Een definitie van het begrip afstamming is niet gegeven maar naar het algemene spraakgebruik wordt daaronder verstaan de bloedverwant in de neergaande lijn. In het onderhavige geval is het kind geen bloedverwant van de ex-stiefvader. Omdat de ex-stiefvader en de moeder zijn gescheiden is voor de toepassing van de Successiewet geen sprake meer van aanverwantschap die wordt gelijkgesteld met bloedverwantschap. Het kind is dan geen afstamming (meer) van de ex-stiefvader en valt naar de tekst van art. 24, eerste lid, in tariefgroep II. In art. 24 van de Successiewet zoals dat luidde tot 1 januari 2010 was tariefgroep I van toepassing op (onder andere) kinderen. Dus tot die tijd viel de erfrechtelijke verkrijging bij het kind wel in tariefgroep I. Het kind is immers naar de maatstaf van art. 2, derde lid, onderdeel i AWR nog steeds een kind van de ex-stiefvader. De vraag dient zich aan of de wetgever zich deze inhoudelijke wijziging heeft gerealiseerd toen hij - zonder enige toelichting - bij tweede nota van wijziging, met de wijziging van art. 24, ook het opschrift bij tariefgroep I verving.<sup>21</sup>

<sup>21</sup> Kamerstukken II 2009-2010, 31 930, nr. 16.

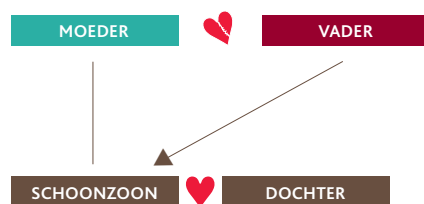
In dit geval is de wet rommelig en ondoordacht. Naar de letter van de wet geldt wel de kindvrijstelling voor de erfbelasting, maar niet voor de schenkbelasting en is tariefgroep II van toepassing. Wij bepleiten een gelijke fiscale behandeling van dit kind als van een eigen kind. Hiertoe dient de vrijstelling voor schenkbelasting van toepassing te zijn op 'kinderen', dus los van de vraag of van de 'ouder' wordt verkregen en dient in tariefgroep I het woord 'afstammelingen' te worden vervangen door 'kinderen en verdere afstammelingen in de rechte lijn'.



Situatie 2a: Schoonzoon verkrijgt van schoonvader

In deze situatie (2a) verkrijgt de schoonzoon uit de nalatenschap van zijn schoonvader. Door het huwelijk met de dochter, is de schoonzoon een aanverwant van vader (art. 1:3 BW). Op grond van art. 2, derde lid, onderdeel i AWR wordt de schoonzoon met het kind gelijkgesteld. Verkrijgt de schoonzoon een schenking van de schoonvader dan is de vrijstelling van art. 33,

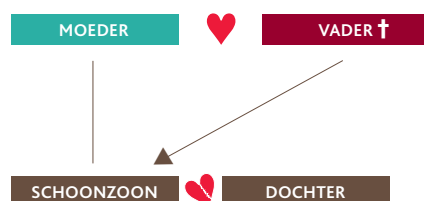
eerste lid, onderdeel 5 van toepassing, omdat de schoonzoon en de dochter voor de toepassing van art. 25 als een 'fiscale eenheid' worden beschouwd. Ook is tariefgroep I van toepassing omdat de schoonzoon door de toepassing van art. 19, eerste lid Successiewet als een afstammeling wordt aangemerkt.



Situatie 2b: Schoonzoon verkrijgt van gescheiden schoonvader

In deze situatie (2b) verkrijgt de schoonzoon van zijn schoonvader die inmiddels gescheiden is van de moeder. Ook hier blijft gelden dat de schoonzoon een aanverwant is en dus wordt gelijkgesteld met een kind. Daarom is de vrijstelling van art. 32, eerste lid, onderdeel 4 op hem van toepassing. Voor de schenkbelasting geldt in dit geval de vrijstelling van art. 33, eerste lid, onderdeel 5 Successiewet omdat de schoonzoon en de dochter op grond van art. 26 als 'fiscale eenheid' worden gezien.

Ook is tariefgroep I van toepassing op de verkrijging. Weliswaar is de schoonzoon voor de toepassing van de Successiewet door de echtscheiding niet langer gelijkgesteld met een afstammeling, art. 25 brengt nu mee dat voor de berekening van de erfbelasting het tarief wordt toegepast dat geldt voor een verkrijging door de dochter. Art. 26 bepaalt hetzelfde voor een verkrijging krachtens schenking.



Situatie 2c: Gescheiden schoonzoon verkrijgt van schoonvader

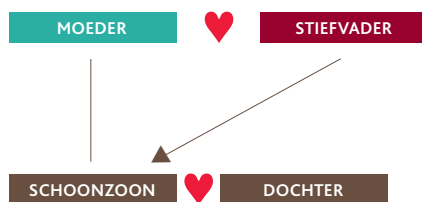
Door het huwelijk met de dochter (2c), is de schoonzoon een aanverwant geworden van zijn schoonvader. De aanverwantschap blijft ook na het einde van het huwelijk bestaan. De schoonzoon blijft een aanverwant en dus, voor de toepassing van de fiscale wetgeving, een kind van ex-schoonvader. De vrijstelling van art. 32, eerste lid, onderdeel 4 Successiewet blijft voor hem van toepassing. De vrijstelling van art. 33, eerste lid, onderdeel 5 Successiewet is nu echter niet van toepassing omdat het kind niet verkrijgt van zijn 'ouder'. Door de echtscheiding wordt de schoonzoon voor de toepassing van de Successiewet niet langer gelijkgesteld met een bloedverwant en is daarom geen 'afstammeling' meer van de ex-schoonvader. Dat zou betekenen dat vanaf 1 januari 2010 deze ex-schoonzoon ook in tariefgroep II valt. De artt. 25 en 26 zijn na de echtscheiding immers niet meer van toepassing. Tot 1 januari 2010 viel de ex-schoonzoon zonder twijfel in tariefgroep I omdat hij nog steeds een kind van de ex-schoonvader is als bedoeld in art. 2, derde lid, onderdeel i AWR. Dat de schoonzoon - in ieder geval tot 1 januari 2010 - nog wel het tarief uit de eerste tariefgroep kon toepassen, strookt niet met wat de wetgever bij de invoering van art. 19, eerste lid, onderdeel a Successiewet voor ogen stond. In de memorie van toelichting<sup>22</sup> staat het volgende te lezen:

<sup>22</sup> Kamerstukken II 1981-1982, 17 041, nr. 3, p. 8.

'Zonder deze laatste beperking zou, mede door de burgerrechtelijke bepaling dat door ontbinding van het huwelijk de aanverwantschap niet wordt opgeheven, bijvoorbeeld op de verkrijging van door een ex-echtgenoot uit de nalatenschap van een schoonouder de successiebelasting worden berekend als ware de verkrijger een kind van de schoonouder, terwijl een dergelijke verkrijging afkomstig van de gewezen huwelijkspartner in beginsel met het niet-verwantentarief zou worden belast. In 1926 is de onderhavige beperking in de successiewetgeving opgenomen om een dergelijke onevenwichtigheid te voorkomen.'

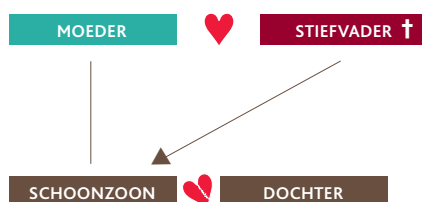
Bij de invoering op 1 januari 1998 van het huidige art. 2, derde lid, onderdeel i AWR is slechts opgemerkt dat dit een definitiebepaling is die bepaalt dat waar in de wet van kind wordt gesproken, bedoeld wordt: een eerstegraads bloedverwant of aanverwant in de neergaande lijn, dat wil zeggen een eigen kind, een stiefkind of een kind van de geregistreerde partner.<sup>23</sup> Een schoonkind valt ook onder deze definitie. De aanverwantschap tussen de schoonvader en de schoonzoon blijft na het einde van het huwelijk van de dochter en de schoonzoon bestaan. Omdat de Successiewet zich - in ieder geval tot 1 januari 2010 - bij de toepassing van het tarief en bij de vrijstellingen bedient van de term 'kind' is dit tarief en deze vrijstelling ook op de ex-schoonzoon van toepassing. De vraag is echter of dit met ingang van 1 januari 2010 is veranderd doordat de term 'kinderen' in het opschrift van tariefgroep I is vervangen door 'afstammelingen'. Omdat uit de toelichting niet blijkt dat hiermee inhoudelijke wijzigingen zijn beoogd is verdedigbaar dat het ex-schoonkind in onderhavig geval nog steeds als 'afstammeling' onder tariefgroep I valt. Dat is immers al zo sinds 1998, maar wetstechnisch deugt dit natuurlijk niet. Als het de bedoeling is om de ex-schoonzoon als een derde te behandelen dan dient dit niet alleen voor het tarief en de vrijstelling schenkbelasting zo te zijn, maar ook voor de vrijstelling voor de erfbelasting.

<sup>23</sup> Kamerstukken II 1996-1997, 25 407, nr. 3, p. 3-4.



Situatie 3a: Schoonzoon verkrijgt van stiefvader

In deze situatie (3a) is de schoonzoon door het huwelijk met de dochter wel een aanverwant van schoonmoeder. De stiefvader is echter geen bloedverwant van de dochter. Dit is wel een vereiste voor de schoonzoon om als aanverwant van zijn stief-schoonvader aangemerkt te worden op grond van art. 1:3 BW. De schoonzoon wordt derhalve niet als kind beschouwd en de verkrijging valt in principe in tariefgroep II. In dit geval bieden de artt. 25 resp. 26 Successiewet uitkomst. Verkrijgingen door echtgenoten worden voor de berekening van de erfbelasting resp. schenkbelasting aangemerkt als verkrijgingen door één van de echtgenoten, bij verschil in graad door degene van hen, die de erflater het naast verwant is. In casu betekent dit dat voor de berekening van de verschuldigde belasting de verkrijging wordt aangemerkt als een verkrijging door de stiefdochter die wel een kind is en tevens een 'afstammeling'. Kindvrijstellingen en tariefgroep I zijn dan beide van toepassing.



Situatie 3b: Gescheiden schoonzoon verkrijgt van stiefvader

Zoals bij situatie 3a opgemerkt, wordt de schoonzoon geen aanverwant van stiefvader.<sup>24</sup> Hij wordt daarmee geen kind in de zin van art. 2, derde lid, onderdeel i AWR. Door de echtscheiding (situatie 3b) is de regeling van art. 25 niet langer van toepassing. De verkrijging van de ex-schoonzoon komt niet in aanmerking voor een vrijstelling en valt in tariefgroep II. Deze situatie kan zich ook voordoen indien de dochter en schoonzoon niet zijn gescheiden, maar als de dochter is vooroverleden. Als haar echtgenoot bij wege van plaatsvervulling in de plaats treedt van de overleden stiefdochter, is daarop eveneens tariefgroep II van toepassing. Zie ook Hof Amsterdam 17 november 1994, VN 1995/1575.

<sup>24</sup> Zie ook HR 28 september 1960, BNB 1960/287.

De conclusie uit het voorgaande is dat art. 2, derde lid, onderdeel i AWR een ruimere werking heeft dan art. 19, eerste lid, onderdeel a Successiewet. Tevens is met ingang van 1 januari 2010 het opschrift van de eerste tariefgroep van art. 24, eerste lid gewijzigd en is het begrip kinderen vervangen door afstammelingen. Door de werking van art. 2, derde lid, onderdeel i AWR is het begrip kinderen ruimer dan het begrip afstammelingen. Men kan zich afvragen of deze

inperking van het toepassingsbereik is beoogd door de wetgever. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt hier in ieder geval niets van.

### 3.3 Waartoe dient het bepaalde in art. 19, eerste lid, onderdeel a Successiewet?

Zoals we hiervoor hebben gezien, bepaalt art. 2, derde lid, onderdeel i AWR of een verkrijger als kind kan worden aangemerkt. Is dit het geval dan geldt het tarief van de eerste tariefgroep<sup>25</sup> en de vrijstellingen die voor kinderen zijn opgenomen in art. 32, eerste lid, onderdeel 4 en 33, eerste lid, onderdeel 5 Successiewet<sup>26</sup>. Blijkens de parlementaire toelichting bij de invoering van art. 19, eerste lid, onderdeel a Successiewet, zoals hiervoor aangehaald, was het echter de bedoeling van de wetgever om de ex-schoonzoon het kindregime te onthouden. Door de latere invoering van art. 2, derde lid, onderdeel i AWR is art. 19, eerste lid, onderdeel a Successiewet echter overruled.<sup>27</sup> De vraag dient zich aan of art. 19, eerste lid, onderdeel a Successiewet dan nog enige betekenis heeft. Nelissen geeft in zijn artikel in WPNR (2004) 6598, op p. 899 het volgende voorbeeld. Een kleinkind van de echtgenote verkrijgt krachtens erfrecht of schenking van zijn stiefopa. Er bestaat in dit geval tweedegraads aanverwantschap tussen de kleinkinderen en de stiefopa. In dat geval vindt heffing plaats naar tariefgroep II, tenzij de gelijkstelling van art. 19, eerste lid, onderdeel a Successiewet van toepassing is. Indien de verkrijging plaatsvindt tijdens het huwelijk of nadat het huwelijk door overlijden is ontbonden, wordt de bestaande aanverwantschap fiscaal gelijkgesteld met tweedegraads bloedverwantschap in de neergaande lijn en hierdoor is tariefgroep I van toepassing, geldende voor afstammelingen in de tweede en verdere graad. Indien de verkrijging plaatsvindt nadat het huwelijk door echtscheiding is ontbonden, wordt de bestaande aanverwantschap fiscaal niet gelijkgesteld met bloedverwantschap. In dat geval is tariefgroep II van toepassing.

### 3.4 Kinderen van de ongehuwde partner

Kinderen van de ongehuwde partner worden niet beschouwd als eigen kinderen. Aanverwantschap ontstaat immers niet door samenwoning. Strikt genomen bestaat er jegens hen geen verzorgingsverplichting. Indien de ongehuwde partner voor de toepassing van de Successiewet wordt gelijkgesteld met de gehuwde partner, rijst de vraag of een gelijkstelling voor de kinderen dan niet voor de hand ligt. In eerste instantie was dit niet het geval. In de parlementaire behandeling is opgemerkt dat er wellicht reden is om tot deze aanpassing over te gaan 'omdat het in het algemeen vanuit een oogpunt van eenheid van wetgeving aanbeveling verdient om, waar mogelijk, gelijke situaties binnen de fiscale wetgeving ook gelijk te behandelen'.<sup>28</sup> Omdat de budgettaire ruimte ontbrak (de kosten werden geraamd op €10 miljoen<sup>29</sup>) bleef de gelijkstelling echter achterwege. Eerst op het allerlaatste moment is bij amendement deze gelijkstelling toch tot stand gekomen.<sup>30</sup> In art. 19, eerste lid, onderdeel b is bepaald dat voor de bepaling van aanverwantschap de kwalificatie als partner met het huwelijk wordt gelijkgesteld. Indien het partnerschap anders dan door overlijden is geëindigd, eindigt die gelijkstelling, zoals dat ook het geval is bij de ontbinding van het huwelijk anders dan door overlijden.

In de hiervoor in paragraaf 3.2 geschetste figuren zijn de uitkomsten in alle gevallen hetzelfde op twee na. In figuur 1c wordt de 'aanverwantschap' voor de toepassing van de Successiewet opgeheven. Het ex-'stiefkind' wordt niet langer als een bloedverwant in de rechte lijn aangemerkt. De vrijstelling voor kinderen geldt niet langer en de verkrijging valt in tariefgroep II. Waren de moeder en de ex-'stiefvader' gehuwd voor de scheiding, dan blijft het kind wel een 'kind'. In figuur 2c eindigt de aanverwantschap van de 'schoonzoon' ook indien de samenwoning van de dochter en 'schoonzoon' wordt verbroken. De 'schoonzoon' wordt niet langer als kind of afstammeling aangemerkt. De schenking of erfrechtelijke verkrijging is belast naar tariefgroep II en voor hem geldt de vrijstelling die voor de zgn. 'overige' verkrijgers geldt.

In art. 1a, achtste lid is bepaald dat als de gezamenlijke huishouding onvrijwillig wordt verbroken, het partnerschap desalniettemin blijft bestaan. Wordt het partnerschap uiteindelijk door de dood van een van de partners beëindigd, dan blijft de gelijkstelling aan bloedverwantschap bestaan.

Het onbillijke resultaat van Hof Arnhem 28 juli 2009, VN 2009/49.27 doet zich sinds 1 januari 2010 niet meer voor. In dat geval voerde de grootvader een gezamenlijke huishouding met B. De grootvader was in 1992 overleden en had het vruchtgebruik van zijn nalatenschap gelegateerd aan B. Op deze verkrijging was het partnerregime van toepassing. Grootvader en B voldeden aan de wettelijke vereisten van art. 24, tweede lid (oud) Successiewet. Toen B in 2003 overleed had zij de kleinkinderen van grootvader tot haar erfgenamen benoemd. Op de verkrijging door deze kleinkinderen was tariefgroep 3 van toepassing. Zou B na 1 januari 2010 zijn overleden, dan worden de bloedverwanten van grootvader geacht haar 'aanverwanten' te

<sup>25</sup> In ieder geval tot 1 januari 2010. Vanaf die datum is dit onzeker.

<sup>26</sup> Waarbij art. 33, eerste lid, onderdeel 5 tevens eist dat moet zijn verkregen van een ouder.

<sup>27</sup> Zie in deze zin ook E. Nelissen, Aanverwantschap in de Successiewet, WPNR (2004) 6598.

<sup>28</sup> Kamerstukken II 2009-2010, 31 930, nr. 13, p. 5.

<sup>29</sup> Zie de reactie van 29 oktober 2009 van de staatssecretaris aan de voorzitter van de Tweede Kamer op nieuw ingediende amendementen, Kamerstukken II 2009-2010, 31 930, nr. 60.

<sup>30</sup> Kamerstukken II 2009-2010, 31 930, nr. 57.

zijn (art. 19, eerste lid, onderdeel b) welke 'aanverwanten' vervolgens weer worden gelijkgesteld met bloedverwanten (art. 19, eerste lid, onderdeel a) en is tariefgroep 1 (met 80% verhoging) van toepassing.

#### 4 Kleinkinderen

Kleinkinderen krijgen eveneens een vrijstelling van €19.000 terwijl in de verhouding grootouders-kleinkinderen in de regel geen sprake is van een zorgverplichting. Toen de nieuwe tariefstructuur in het najaar van 2008 bekend werd<sup>31</sup>, ontstond er wat rumoer over de positie van kleinkinderen. Die zouden als 'derden' worden belast in de tweede tariefgroep en voor hen gold de algemene vrijstelling van €2.000. Voor deze groep verkrijgers zou aldus een drukverzwaring optreden. Dit heeft de wetgever trachten te voorkomen door de kleinkinderen dezelfde vrijstelling te geven als kinderen en voor de kleinkinderen (afstammelingen in de rechte lijn) een aparte tariefgroep in te voeren.<sup>32</sup> Verder kan deze vrijstelling niet worden gerechtvaardigd. Er bestaat immers geen onderhoudsverplichting van grootouders jegens hun kleinkinderen. Er werden dan ook onmiddellijk vragen gesteld of de achterkleinkinderen dan ook een vrijstelling van €19.000 konden krijgen. Het antwoord luidde dat voor achterkleinkinderen in 'verminderde mate' wordt geoordeeld dat zij moeten worden behandeld als naaste familieleden.<sup>33</sup> Een weinig bevredigend antwoord. Tevens lokt deze vrijstelling uit tot nieuwe constructies. Tijdens de parlementaire behandeling heeft dit geleid tot een toevoeging van het negende lid aan art. 10.

<sup>31</sup> Bij brief van 24 oktober 2008, DB/2008/607 U.

<sup>32</sup> Waartoe het tarief dat geldt voor de partner en de kinderen wordt verhoogd met 80% tot 18% in de eerste schijf en 36% in de tweede schijf.

<sup>33</sup> *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 930, nr. 9, p. 5.

#### 5 Ouders

De vrijstelling voor ouders is gelijk gebleven (€45.000). In eerste instantie voorzag het wetsvoorstel hier niet in. Bij amendement is deze vrijstelling echter teruggekeerd.<sup>34</sup> De oudervrijstelling wordt wel gerechtvaardigd vanuit de gedachte dat dit vermogen extra vererft. Gewoonlijk vererft vermogen van een kind naar het kleinkind, een opvolgende generatie derhalve. Indien het vermogen door de ouders wordt geërfd, betekent dit eenmaal of zelfs tweemaal extra heffing voor het vermogen weer op het niveau van die opvolgende generatie is.

<sup>34</sup> *Kamerstukken II* 2009-2010, 31 930, nr. 58.

#### 6 Conclusie

De wijziging van de tarieven is een belangrijke verbetering. Het vervallen van het hoge derdentarief (maximaal 68%) kan alleen maar worden toegejuicht. Het partnerbegrip is redelijk gestroomlijnd. De uitbreiding met de mantelzorger verdient geen schoonheidsprijs en leidt tot ongelijke behandeling van nagenoeg gelijke gevallen. Indien een ouder zijn kind wil belonen vanwege de verleende zorg is dat zijn goed recht. Het ligt niet op de weg van de wetgever om die beloning te regelen via een vrijstelling van €600.000.

Voor 'kinderen' in de Successiewet blijft een wirwar aan bepalingen gelden. Art. 2, derde lid, onderdeel i AWR is van toepassing op stief- en schoonkinderen in huwelijkse situaties. Voor stief- en schoonkinderen in niet huwelijkse situaties geldt art. 19, eerste lid onderdeel b jo. onderdeel a Successiewet, dat een beperkter bereik heeft. Bij de schenkingsvrijstelling voor kinderen zou in de wettekst de eis dat de schenking moet zijn verkregen van de ouder moeten vervallen. Dan wordt alleen het begrip 'kind' doorslaggevend voor de toepassing van die vrijstelling, net zoals dat het geval is voor de vrijstelling voor verkrijgingen krachtens erfrecht door kinderen. Tevens dient het begrip 'afstammelingen' in tariefgroep I te worden vervangen door 'kinderen en afstammelingen in de tweede of verdere graad'.



# DE NIEUWE REGELING VOOR AFGEZONDERDE PARTICULIERE VERMOGENS

mr. T.N. Peters van Neijenhof

mr. A.W.F. van Beers

## 1 Inleiding

Een groot deel van de kosten van de wijzigingen als gevolg van wetsvoorstel 31 930 moeten worden opgebracht door de nieuwe regeling voor afgezonderde particuliere vermogens (hierna: APV's). In hoofdlijnen komt de voorgestelde regeling erop neer dat vermogensbestanddelen die in een APV worden ingebracht, aangehouden en uitgekeerd, een zelfde fiscale behandeling krijgen als vermogensbestanddelen die niet op zodanige wijze zijn afgezonderd. In de nieuwe regeling worden APV's derhalve als aparte entiteit genegeerd. In deze bijdrage gaan wij nader in op de nieuwe regeling.

## 2 Voorgestelde regeling op hoofdlijnen

### 2.1 Wet Inkomstenbelasting 2001

Het kernartikel van de nieuwe regeling is het nieuwe art. 2.14a Wet IB 2001. Op grond van dit artikel worden bezittingen en schulden alsmede opbrengsten en uitgaven van een APV, toegerekend aan degene die dat vermogen heeft afgezonderd in het APV. De inbrenger wordt derhalve geacht gedurende zijn leven te blijven beschikken over de vermogensbestanddelen van het APV. De desbetreffende bezittingen en schulden alsmede de opbrengsten en uitgaven blijven bij de inbrenger in de belastingheffing betrokken. Afhankelijk van de aard van de vermogensbestanddelen worden de vermogensbestanddelen en de opbrengsten daaruit betrokken in de heffing van inkomstenbelasting in box 1, 2 of 3. Wanneer er meer inbrengers zijn, worden de vermogensbestanddelen van het APV in beginsel naar rato van de inbreng toegerekend aan de inbrenger(s).

Na overlijden van de inbrenger wordt het vermogen toegerekend aan diens erfgenamen. Deze toerekening vindt plaats naar rato van ieders erfrechtelijke verkrijging.

### 2.2 Successiewet 1956

De bepalingen van art. 2.14a Wet IB 2001 werken door naar de Successiewet 1956. Dit heeft voor de erf- en schenkbelasting een drietal gevolgen. Allereerst: omdat de entiteit waarin het vermogen is ingebracht transparant is richting de inbrenger, is de inbreng van het vermogen niet belast met schenkbelasting (art. 17a Successiewet). De 'leer' uit de Trustarresten<sup>1</sup>, dat de inbreng een belaste schenking aan een doelvermogen vormt, wordt derhalve verlaten.

Ten tweede: omdat het APV fiscaal gezien nog tot het vermogen van de inbrenger behoort, behoort het APV ook fictief tot zijn nalatenschap. Op grond van art. 16 Successiewet worden de *erfgenamen* van de desbetreffende erflater fictief geacht het APV krachtens erfrecht te hebben verkregen van de desbetreffende erflater. Dit brengt met zich mee dat voor de toepassing van de tarieven en vrijstellingen gekeken moet worden naar de verwantschap tussen de erflater en de erfgenamen. Dit zal vaak betekenen dat niet het hoge niet-verwantentariaf (30%/40%) van toepassing is, maar het lage verwantentariaf (10%/20%).

En tot slot: wanneer iemand een uitkering uit het APV verkrijgt anders dan bij overlijden van de inbrenger, wordt dat als gevolg van de transparantiegedachte gezien als een schenking afkomstig van degene aan wie het vermogen op grond van art. 2.14a Wet IB 2001 wordt toegerekend. Dit is in art. 17 Successiewet vastgelegd.

## 3 Afgezonderde Particuliere Vermogens

### 3.1 Particuliere vermogens

De regeling geldt met ingang van 1 januari 2010 voor alle APV's. Het begrip APV staat gedefinieerd in art. 2.14a, tweede lid Wet IB 2001. Een afgezonderd vermogen is een entiteit met of zonder rechtspersoonlijkheid waarmee meer dan bijkomstig een particulier belang

---

<sup>1</sup> HR 18 november 1998, *BNB* 1999/35-37.

wordt beoogd. Helaas geeft de staatssecretaris niet uitdrukkelijk aan wat onder 'een meer dan bijkomstig particulier belang' moet worden verstaan.

In de nota naar aanleiding van het verslag<sup>2</sup> heeft de staatssecretaris aangegeven dat de term 'particulier belang' ruim moeten worden geïnterpreteerd en in eerste instantie ziet op het belang van een familie en hun verwanten. De staatssecretaris wil echter gebruik maken van een 'open' norm, om de ruimte te geven voor toekomstige maatschappelijke ontwikkelingen en om een invulling aan de rechter over te laten. Door deze open norm worden wij van deze toelichting wel iets, maar nog niet heel veel wijzer. In dit kader is wel van belang dat bij nota van wijziging<sup>3</sup> in art. 2.14a, derde lid Wet IB 2001 is opgenomen, dat een instelling die een sociaal belang behartigd (SBBi) niet wordt aangemerkt als een APV. Door een ruime uitleg van het begrip 'meer dan bijkomstig een particulier belang beogen' zou een SBBi anders ook onder de reikwijdte van art. 2.14a Wet IB 2001 kunnen vallen.

<sup>2</sup> Kamerstukken II 2008-2009, 31 930, nr.9, p. 57.

<sup>3</sup> Kamerstukken II 2008-2009, 31 930, nr. 10.

### 3.2 Afgezonderde vermogens

De regeling geldt voor particuliere vermogens die zijn afgezonderd. Art. 2.14a, derde lid Wet IB 2001 geeft aan wat onder afzonderen moet worden verstaan. Kort gezegd vallen alle rechtshandelingen hieronder die om niet of onder in het maatschappelijk verkeer ongebruikelijke voorwaarden zijn verricht waarbij vermogen overgaat op een APV (derde lid, sub a). Daarnaast vallen ook alle overige 'vervreemdingen' hieronder, indien deze worden verricht door degene die 'behoort' tot het particulier belang waar de APV zich op richt (derde lid, sub b).

Opmerkelijk is derhalve dat wanneer het APV zelfstandig van een derde met een lening vermogensbestanddelen aankoopt, dit niet als afgezonderd vermogen wordt gezien en derhalve art. 2.14a Wet IB 2001 niet geldt. Om in de huidige praktijk een belastbare inbreng te voorkomen, doet een dergelijke 'opzet' zich met regelmaat voor. Het door de staatssecretaris gesignaleerde heffingsvacuüm dat hierbij ontstaat, is dus nog steeds niet gerepareerd.

### 3.3 Niet voor alle afgezonderde particuliere vermogens

De transparantiegedachte geldt niet voor alle APV's. Art. 2.14 a, eerste lid Wet IB 2001 geldt allereerst niet voor APV's waarin tegenover de afzondering van het vermogen een uitreiking van aandelen, winstbewijzen, lidmaatschapsrechten, bewijzen van deelgerechtigdheid of daarmee vergelijkbare rechten heeft plaatsgevonden of een economische deelgerechtigdheid is ontstaan. Dit heeft tot (logisch) gevolg dat het inbrengen van vermogen in een BV of in een maatschap niet onder de regeling van art. 2.14a, eerste lid Wet IB 2001 valt.

Een tweede uitzondering op de transparantieregels geldt voor APV's die zelf al in de (buitenlandse) belastingheffing worden betrokken. Art. 2.14a, zevende lid Wet IB 2001 bepaalt namelijk dat de toerekeningsregels niet gelden voor APV's die in een belasting naar de winst worden betrokken die resulteert in een heffing naar een tarief van ten minste 10% over een naar Nederlandse maatstaven bepaalde belastbare winst, waarbij de artt. 12b en 12c Wet Vpb 1969 buiten toepassing blijven. In deze situatie is volgens de staatssecretaris geen sprake van een heffingsvacuüm en kan toerekening achterwege blijven.

Deze uitzondering voor belaste APV's geldt echter alleen voor de toerekeningsregels voor de inkomstenbelasting. Voor de Successiewet geldt op basis van art. 16, eerste lid, tweede volzin Successiewet dat ook de bezittingen en schulden die op basis van art. 2.14a, zevende lid Successiewet voor de heffing van inkomstenbelasting niet worden toegerekend, wel in de grondslag voor de erfbelasting worden betrokken. Een zelfde regeling is opgenomen in art. 17 Successiewet voor de schenkbelasting.

## 4 Toerekening

### 4.1 Toerekening inbrenger

Gedurende het leven van de inbrenger wordt het vermogen van het APV aan de inbrenger toegerekend. Met andere woorden, het ingebrachte vermogen wordt geacht het vermogen van de inbrenger niet te hebben verlaten. Zoals al eerder is betoogd, leidt deze fictie bij bijvoorbeeld een irrevocable discretionary trust<sup>4</sup> tot een enorme breuk met zowel de civielrechtelijke als de economische werkelijkheid.<sup>5</sup>

Een rechtvaardiger alternatief voor toerekening aan de inbrenger, zou naar onze mening zijn het vermogen bij het APV zelf in de Nederlandse belastingheffing te betrekken.<sup>6</sup> Hiervoor zou

<sup>4</sup> De in de praktijk, als gevolg van de trust-arresten ontstane truststructuren, zijn voornamelijk irrevocable discretionary trusts.

<sup>5</sup> T.N. Peters van Neijenhof, De voorgestelde nieuwe regeling voor trusts en aanverwante rechtsfiguren, *Forfaitair* 2009/198 p. 5.

<sup>6</sup> Zie in dit verband ook X.G.R. Auerbach, Doelvermogens verdienen een evenwichtige wetgeving, *WFR* 2009/122 waarin hij deze mogelijkheid uitgebreid bespreekt.

kunnen worden aangeknoopt bij de woonplaats van de inbrenger. Zolang hij (fictief) in Nederland woont, is het APV hier ook belastingplichtig. Hiervoor moet in de wet een vestigingsplaatsfictie worden opgenomen. De staatssecretaris is echter van mening dat deze variant tot te veel nadelen leidt.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> Zie bijvoorbeeld in dit verband het door hem gemaakte overzicht in *Kamerstukken II* 2009-2010, 31 930, nr. 38 p. 15.

#### 4.2 Aan de erfgenamen

Bij overlijden van de inbrenger wordt het vermogen toegerekend aan diens *erfgenamen*. Dit heeft gevolgen voor de inkomstenbelasting en de erfbelasting. Het is vreemd dat de staatssecretaris kiest voor toerekening aan de erfgenamen. De erfgenamen hebben recht op de nalatenschap van de erflater. Het APV behoort echter niet tot de nalatenschap. Slechts door een wetsfictie wordt dat vermogen fiscaal geacht tot de nalatenschap van de erflater te behoren. De kans is aanwezig dat de erfgenamen belasting moeten betalen, terwijl zij (nagenoeg) geen voordeel hebben bij dit APV. De erfgenamen hoeven immers niet tevens begunstigde zijn.

De wetgever heeft enigszins met deze mogelijkheid rekening gehouden door een tegenbewijsregeling in te voeren. Art. 2.14a, vijfde lid Wet IB 2001 bepaalt namelijk dat toerekening aan een erfgenaam achterwege blijft indien blijkt dat deze persoon reeds dan wel in feite, direct of indirect, geen begunstigde is van het APV en dit ook niet kan worden. De vraag is echter of deze tegenbewijsregeling soelaas biedt voor de erfgenaam/niet-begunstigde. Op de erfgenaam ligt immers de bewijslast om aannemelijk te maken dat hij geen begunstigde is. In art. 4a, zesde lid Uitvoeringsregeling IB is opgenomen welke gegevens de erfgenaam hiertoe ten minste aan de Belastingdienst moet overleggen. Deze gegevens zal de erfgenaam via de trustee moeten verkrijgen. Maar juist omdat de erfgenaam niet tevens begunstigde is, heeft de trustee niets met hem te maken en is het hoogst twijfelachtig of de trustee zal meewerken aan een dergelijk verzoek.

<sup>8</sup> F. Sonneveldt en B.B.A. de Kroon, Internationale aspecten van de vernieuwde Successiewet 1956, *WFR* 2009/731.

In de literatuur<sup>8</sup> is verschillende malen op deze problematiek gewezen. In dat kader is tevens gewezen op de misbruikgevoeligheid van de in eerste instantie voorgestelde regeling. Door bijvoorbeeld een buitenlandse ANBI als erfgenaam aan te wijzen, wordt het vermogen van het APV bij overlijden van de inbrenger toegerekend aan die ANBI. De verkrijging door die ANBI is op basis van art. 32, eerste lid, sub 3 Successiewet onbelast voor de erfbelasting. Wanneer vervolgens het APV tot uitkering overgaat aan de begunstigde, wordt dit gezien als een uitkering vanuit het buitenland welke derhalve niet belast is met schenkbelasting. Theoretisch gezien zou derhalve door het benoemen van een buitenlandse ANBI het vermogen voor de erf- en schenkbelasting onbelast aan de begunstigten kunnen worden overgedragen. Om deze, in de literatuur gesignaleerde, misbruikmogelijkheid te voorkomen is in de nota van wijziging dan ook een aantal maatregelen voorgesteld.<sup>9</sup>

<sup>9</sup> *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 930, nr. 10.

Allereerst is bij de nota van wijziging ingevoerd dat toerekening aan de erfgenamen niet plaatsvindt als de in het testament aangewezen erfgenaam slechts tot erfgenaam is benoemd om een belaste toerekening te voorkomen c.q. uit te stellen (art. 2.14a, zesde lid Wet IB 2001), zoals in de hierboven geschetste situatie. Hiermee samenhangend is tevens bepaald dat wanneer bloed- of aanverwanten zijn overleden, maar wel als begunstigten van het vermogen zijn aangewezen, deze voor de toepassing van art. 2.14 Wet IB 2001 toch als erfgenaam worden beschouwd (art. 2.14a, vierde lid Wet IB 2001).

#### 4.3 Toerekening aan de begunstigde?

Op het eerste gezicht lijkt een toerekening van het APV aan de begunstigde eerder voor de hand te liggen. Het APV is immers ten behoeve van de begunstigten ingesteld. De hiervoor onder 4.2 genoemde maatregelen om misbruik te voorkomen zouden dan ook overbodig zijn. Echter ook bij een begunstigde is het maar de vraag of en hoeveel hij uiteindelijk uit het APV ontvangt. De vertegenwoordiger van het APV kan de discretionaire bevoegdheid hebben zelf te bepalen wat, hoeveel en aan welke begunstigde wordt uitgekeerd. Tevens kan hij de bevoegdheid hebben om personen aan de lijst van begunstigten toe te voegen, maar ook om begunstigten van de lijst te 'verwijderen'. Ook een toerekening aan de begunstigten kan derhalve onredelijk uitpakken.

<sup>10</sup> Bijvoorbeeld door F. Sonneveldt en B.B.A. de Kroon, t.a.p.

Zoals al eerder in de literatuur<sup>10</sup> is verdedigd, lijkt het ons rechtvaardiger om pas erfbelasting en inkomstenbelasting te heffen zodra de begunstigde daadwerkelijk iets verkrijgt. Om een heffingsvacuüm tot die tijd te voorkomen, zou een vestigingsplaatsfictie voor het APV opgenomen kunnen worden, waardoor het APV in Nederland belastingplichtig wordt (zie ook hiervoor onder 4.1).

## 5 Overgangsrecht

Het overgangsrecht voor bestaande APV's is zeer beperkt. De nieuwe regeling geldt niet voor APV's waarvan de inbrenger is overleden voor 1 januari 2010, mits ten tijde van het indienen van het wetsvoorstel (20 april 2009) het saldo van de bezittingen minus schulden per erfgenaam van de overleden inbrenger niet meer bedraagt dan € 5.000 per persoon. Verder geldt dat bestaande transparantieovereenkomsten met de Belastingdienst onder voorwaarden worden gerespecteerd. Daarnaast voorziet het overgangsrecht in een regeling voor de teruggaaf op verzoek van eventueel in het verleden betaalde schenkings- en/of successierecht terzake van de inbreng in het APV.

Met name voor APV's met aanmerkelijkbelangpakketten werkt het gebrekkige overgangsrecht nadelig uit. Het zou onzes inziens logisch zijn geweest, om te voorzien in een mogelijkheid van een 'step-up' tot de waarde per 1 januari 2010 van vermogensbestanddelen die per die datum aan de inbrenger (erfgenamen) zullen worden toegerekend. Door niet in een dergelijk 'step-up' te voorzien, brengt de ingevoerde regeling voor het APV materieel een terugwerkende kracht met zich mee die in strijd is met de beginselen van behoorlijk overgangsbeleid.<sup>11</sup> De staatssecretaris heeft hier echter bewust voor gekozen. Volgens hem zijn de inbrengers die een aanmerkelijk belang in een APV hebben ingebracht in feite aanmerkelijkbelanghouders gebleven. Hij vindt het moeilijk voor te stellen dat een hybride buitenlandse rechtsfiguur feitelijk in de plaats is getreden van de oude aanmerkelijkbelanghouders met de daarbij behorende bevoegdheden. Volgens de staatssecretaris leren ervaringen uit de praktijk dat de oude aandeelhouder zijn belang bij het onder het APV gehangen (familie)bedrijf, behoudt. Of dit een terechte conclusie is, kunnen wij niet beoordelen.

<sup>11</sup> Zie in dit verband J.P. Boer, A.O. Lubbers en M. Schuiver-Bravenboer, Het overgangsrecht bij de invoering van de schenk- en erfbelasting beoordeeld, *WFR* 2009/745.

## 6 Het APV in internationaal verband

Volgens een groep ambtenaren van FIOD-ECD en van de CCB zou er meer dan € 15 miljard aan Nederlands vermogen zijn ondergebracht in 'buitenlands trustfiguren'. Dat 'gegeven' op zich rechtvaardigde ook het onderzoek van de parlementair advocaat (De Brauw Blackstone Westbroek) naar de vraag: 'Is er bij de in het wetsvoorstel opgenomen toerekeningsfictie voor vermogen en inkomen van een APV (aan de inbrenger of erfgenaam) mogelijk sprake van een eenzijdige wijziging van heffingsbevoegdheden zoals die door Nederland met zijn verdragspartners zijn afgesproken, en of er dan sprake is van strijdigheid met de goede trouw die tussen verdragspartners geldt (de artikelen 26, 27, 31 t/m 33 van het Verdrag van Wenen inzake het Verdragenrecht)?'

Het antwoord van de parlementair advocaat geeft geen duidelijkheid hieromtrent.<sup>12</sup> Hij ziet zelfs 'een mogelijkheid dat een belastingplichtige onder omstandigheden met succes de toerekeningsfictie van de nieuwe Successiewet van zich kan afschudden' en geeft de Tweede Kamer de suggestie om aan de staatssecretaris te vragen zich hierover uit te laten. De vertegenwoordigers van een aantal politieke partijen vonden het antwoord van de parlementair advocaat echter afdoende en lieten het derhalve daarbij.

<sup>12</sup> *Kamerstukken II* 2009-2010, 31 930, nr. 18.

Of de nieuwe wetgeving strijdig is met het verdragenrecht zal moeten blijken in de toekomst als er een belastingplichtige is die meent daar een beroep op te kunnen doen.

## 7 Conclusie

De staatssecretaris verwacht met de nieuwe wetgeving inzake APV's een groot deel van de dekking te hebben gevonden voor de wijzigingen die de schatkist geld kosten. Gezien de schattingen van FIOD-ECD met betrekking tot het via trusts gehouden vermogen, zou hij daar wel eens gelijk in kunnen hebben.

We kunnen ons voorstellen dat een aantal belastingplichtigen (en hun adviseurs) de nieuwe wetgeving niet hebben afgewacht en hun structuur al hebben ontmanteld en het vermogen weer naar Nederland hebben overgeheveld, dus daar 'verdient' de schatkist al weer aan.

We onderschrijven dat er wetgeving moest komen met betrekking tot APV's, maar stellen ons wel de vraag of de budgetdruk niet een te grote invloed heeft gehad op het wetgevingsproces met als gevolg een niet altijd evenwichtig resultaat.

# DE FICTIEBEPALINGEN MET INGANG VAN 1 JANUARI 2010

prof. mr. I.J.F.A. van Vijfeijken

## 1 Inleiding

Het wetsvoorstel tot wijziging van de Successiewet is op 20 april 2009 ingediend bij de Tweede Kamer. In de memorie van toelichting is opgemerkt dat de fictiebepalingen in dit voorstel opnieuw worden geformuleerd en voor zover soortgelijke situaties worden bestreken, samengevoegd in één artikel. Tevens vervallen enkele fictiebepalingen. Dit alles is aangekondigd onder het kopje 'Vereenvoudiging fictiebepalingen'.<sup>1</sup> Deze wijzigingen heb ik besproken in WFR 2009/6815, p. 713 e.v. De voorgestelde wijzigingen riepen vele vragen op. Met name de reikwijdte van het voorgestelde art. 10 was onduidelijk en de herformulering van het huidige art. 7 leidde tot vragen. In de Nota naar aanleiding van het verslag en de Nota naar aanleiding van het nader verslag aan de Tweede Kamer gaat de staatssecretaris uitgebreid op deze vragen in en bij drie nota's van wijziging zijn belangrijke verbeteringen in het wetsvoorstel aangebracht. Vervolgens is art. 10 nog nader toegelicht in de memorie van antwoord en de nadere memorie van antwoord aan de Eerste Kamer. In deze bijdrage wordt daarop ingegaan. Art. 9 en art. 15 zullen hierbij buiten beschouwing blijven. Deze artikelen worden in een afzonderlijke bijdrage besproken door T.N. Peters van Neijenhof.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Kamerstukken II, 2008-2009, 31 930, nr. 3, p. 7.

<sup>2</sup> T.N. Peters van Neijenhof, Een drietal nieuwe rentebepalingen in de Successiewet 1956.

## 2 Artikel 10 Successiewet

### 2.1 Inleiding

De reikwijdte van art. 10 Successiewet hangt nauw samen met de interpretatie van het begrip 'rechtshandeling' in het eerste lid. In het oorspronkelijke voorstel dacht de wetgever dit probleem te omzeilen door het begrip 'rechtshandeling' dan maar uit de wettekst te halen. 'Het gaat immers niet om de formele weg die is gevolgd, maar om het eindresultaat.'<sup>3</sup> De tekst die vervolgens voorlag, bood echter zo weinig houvast dat naar de betekenis slechts kon worden gegist. Ik verwijs hiervoor naar mijn bijdrage in WFR 2009/6815. Bij eerste nota van wijziging is het begrip rechtshandeling teruggekeerd in het eerste lid en er wordt (evenals in het oorspronkelijke voorstel) een volzin aan toegevoegd. Dit lid komt aldus te luiden:

<sup>3</sup> Kamerstukken II, 2008-2009, 31 930, nr. 3, p. 31.

1. Al wat iemand ten koste van het vermogen van de erflater heeft verkregen in verband met een rechtshandeling of een samenstel van rechtshandelingen waarbij de erflater, of diens echtgenoot, partij was, en alle goederen waarop de erflater ten laste van zijn vermogen een vruchtgebruik heeft verworven, worden geacht krachtens erfrecht door overlijden te zijn verkregen, indien (...)

### 2.2 Rechtshandeling

Op 19 juni 2009 heeft de Hoge Raad arrest gewezen met betrekking tot een zgn. turbotestament.<sup>4</sup> De verkrijging van de blote eigendom door het kind, die de langstlevende echtgenoot moest inbrengen in de nalatenschap van de eerstoverleden echtgenoot was verkregen krachtens een rechtshandeling waarbij de erflater (langstlevende) partij was. De Hoge Raad overweegt:

<sup>4</sup> HR 19 juni 2009, BNB 2009/224.

'3.3.1 De aanvaarding van het legaat en de uitvoering van de last waren rechtshandelingen waarbij de vader als partij was betrokken. Deze rechtshandelingen hebben tot gevolg gehad dat belanghebbende ten laste van het vermogen van de vader een aandeel in de onder 3.1.2, tweede volzin bedoelde blote eigendom heeft verkregen. Hiermee is voldaan aan de eisen die art. 10, lid 1, SW stelt voor een verkrijging die geacht wordt krachtens erfrecht te zijn geschied. De geschiedenis van de totstandkoming van dit artikel geeft geen aanleiding tot een ander oordeel.'

Zowel de aanvaarding van het legaat als de uitvoering van de last (levering van de blote eigendom) worden door de Hoge Raad als relevante rechtshandelingen gezien. Door dit arrest is de staatssecretaris gerustgesteld, 'nu dit begrip van de Hoge Raad de uitleg krijgt die naar mijn oordeel ook bedoeld is in deze fictiebepaling'.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> Kamerstukken II 2008-2009, 31 930, nr. 9, p. 34.

De overweging van de Hoge Raad is zeer summier, maar door de aanvaarding van een legaat en de uitvoering van een last uitdrukkelijk als rechtshandelingen in de zin van art. 10 Successiewet aan te merken, staat vast dat de Hoge Raad het begrip 'rechtshandeling' uitlegt in de normale juridische betekenis van dat woord: elke handeling die is gericht op enig rechtsgevolg. Vast staat daarmee dat hij de beperkte interpretatie van verbintenis scheppende overeenkomst niet volgt.<sup>6</sup>

De vraag dient zich aan of uit dit arrest kan worden afgeleid dat art. 10 eveneens van toepassing is op de ik-opa-vordering en op de legaat-tegen-inbreng-vordering. De wetgever twijfelt hier niet aan.<sup>7</sup> In beide figuren wordt de nalatenschap aanvaard en de last in de vorm van de schuldigerkenning uitgevoerd. In WPNR (2003) 6535 heeft Vegter betoogd dat de vordering van het kind op de langstlevende (ingeval van een legaat tegen inbreng van de waarde) van rechtswege ontstaat op het moment dat de eerste ouder overlijdt. Hiervoor hoeft de langstlevende geen rechtshandeling te verrichten, waardoor naar zijn opvatting de toepassing van art. 10 is uitgesloten. Ik heb destijds betoogd dat wel sprake is van een rechtshandeling.<sup>8</sup> De schuld van de langstlevende aan het kind is onlosmakelijk verbonden met de afgifte van het legaat. Wordt het legaat niet afgegeven, dan ontstaat er ook geen schuld aan het kind. Het is dan deze rechtshandeling, de afgifte van het legaat, in verband waarmee een schuld ontstaat aan het kind onder voorbehoud van een genotsrecht.<sup>9</sup> Art. 10, eerste lid vereist niet dat het genotsrecht rechtstreeks voortvloeit uit de rechtshandeling. Vereist wordt slechts dat het genotsrecht is ontstaan 'in verband met' die rechtshandeling. In de memorie van toelichting bij de totstandkoming van de Successiewet 1956 is ook uitdrukkelijk opgemerkt dat het er slechts om gaat of de erflater een genotsrecht heeft voorbehouden in verband met een rechtshandeling waarbij hij vermogen aan de verkrijger heeft overgedragen. Niet is vereist dat het in verband met de rechtshandeling door de erflater genotene, moet zijn genoten van de in verband met de rechtshandeling door de verkrijger verkregen zaken.<sup>10</sup>

Niet onder het bereik van het eerste lid valt de figuur dat een geldsom wordt nagelaten onder een opschortende tijdsbepaling. Stel opa benoemt oma als enig erfgenaam en legateert €19.000 aan zijn kleinkind<sup>11</sup>, opeisbaar bij het overlijden van oma. In dit geval verkrijgt oma de nalatenschap van rechtswege en bij haar overlijden kan het kind het legaat uit de nalatenschap van opa opeisen. Er is geen sprake van een rechtshandeling waarbij oma partij was. Aan art. 10, eerste lid Successiewet wordt dan niet toegekomen. Voor deze situatie heeft de wetgever het negende lid ingevoerd. Mocht de nominale waarde van de vorderingen van de kleinkinderen tezamen meer bedragen dan de nalatenschap van opa, dan is op dat meerdere toch art. 10 van toepassing. Uit het hiervoor opgemerkte volgt dat een ik-opa op aangepaste wijze nog steeds belastingbesparing kan opleveren. Zie hierna paragraaf 2.8.

### 2.3 Ten koste van

Vervolgens dient de vraag zich aan of bij een ik-opa-vordering, evenals bij een legaat-tegen-inbreng-vordering iets ten koste van het vermogen van de erflater is gegaan. Betoogd zou immers kunnen worden dat in beide gevallen de erflater destijds niet meer heeft verkregen dan het saldo van de nalatenschap en schulden. In het hiervoor vermelde turbotestamentarrest overweegt de Hoge Raad dat de rechtshandelingen tot gevolg hebben dat de kinderen ten laste van het vermogen van de langstlevende ouder een aandeel in de blote eigendom hebben verkregen. Ook in dit geval heeft de langstlevende per saldo niet meer van de eerstoverleden echtgenoot verkregen dan het vruchtgebruik van de nalatenschap verminderd met de in te brengen blote eigendom. Omdat die blote eigendom echter uit het eigen vermogen van de langstlevende ouder is afgegaan, is er iets ten koste van zijn vermogen gegaan. Een gelijke constructie ziet men ook bij de ik-opa-vordering en de legaat-tegen-inbreng-vordering. Het kind respectievelijk de langstlevende ouder verkrijgt de gehele nalatenschap maar erkent daartegenover bedragen schuldig aan zijn kinderen. Die schuldigerkenning gaat ten koste van zijn eigen vermogen. Deze zat immers niet in de nalatenschap, maar ontstaat eerst nadat uitvoering aan de making is gegeven.

Bij een keuzetestament waarbij de langstlevende kiest voor een legaat van vruchtgebruik van de nalatenschap is art. 10 niet van toepassing. Door de uitgebrachte keuze is de langstlevende alleen voor zijn erfdeel gerechtigd tot de volle eigendom van de nalatenschap. Als hij ook van dit deel enkel het vruchtgebruik verkrijgt, is voor dit deel wél sprake van omzetting van eigendoms-rechten in genotsrechten. Blijkens de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer is de wetgever van mening dat dit ook heeft te gelden indien de erflater in zijn testament de wettelijke verdeling bevestigt en aanvullend opneemt dat ingeval de langstlevende de nalatenschap verwerpt hij het vruchtgebruik van de nalatenschap krijgt gelegateerd. Indien de langstlevende verwerpt, geeft hij zijn erfdeel prijs waardoor hij als legataris aanspraak heeft op het vruchtgebruik van de

<sup>6</sup> Deze interpretatie werd verdedigd door o.a.

B.M.E.M. Schols, De 'nieuwe' successierechtelijke fictiebepalingen; zonneklaar of doen alsof? *WPNR* (2009) 6802.

<sup>7</sup> *Kamerstukken II* 2009-2010 31 930, nr. 13, p. 18 en *Kamerstukken I* 2009-2010, 31 930, D, p. 56. Zie voor de legaat-tegen-inbreng-vordering echter het zesde lid.

<sup>8</sup> *WPNR* (2003) 6540, Over de mogelijke toepassing van art. 10 van de Successiewet op het legaat tegen inbreng; een reactie.

<sup>9</sup> Er wordt telkens van uitgegaan dat de langstlevende ouder niet jaarlijks 6% rente vergoedt aan het kind, maar deze rente bijschrijft bij de hoofdsom (zie hierna par. 2.7).

<sup>10</sup> *Kamerstukken II* 1948, 915, nr. 3, p. 19. Zie ook Vakstudie Successiewet aant. 7 en 8 op art. 10.

<sup>11</sup> Overigens zal dit vaak een hoger bedrag zijn omdat opa de volledige kleinkindvrijstelling wil benutten. Opa zal een bedrag legateren waarvan de contante waarde ten tijde van het overlijden van opa €19.000 bedraagt. Omdat sprake is van een verkrijging onder opschortende tijdsbepaling vindt heffing plaats op het moment dat opa overlijdt naar de waarde van de vordering op dat moment.



<sup>12</sup> Zie *Kamerstukken I* 2009-2010, 31 930, D, p. 22.

<sup>13</sup> Art. 4:190, vierde lid BW.

<sup>14</sup> Zie voor een nadere beschrijving van deze figuur I.J.F.A. van Vijfeijken, *Fictieve erfrechtelijke verkrijgingen in de Successiewet 1956*, Kluwer 2002, p. 132.

<sup>15</sup> I.J.F.A. van Vijfeijken, *Fictieve erfrechtelijke verkrijgingen in de Successiewet 1956*, Kluwer 2002, p. 93-94.

<sup>16</sup> De blote eigendom dient in handen te zijn van een persoon als bedoeld in het vierde lid, onderdeel a. Dat geldt overigens in alle hier aan de orde zijnde figuren.

<sup>17</sup> Dit was slechts anders als in een samenhangende rechtshandeling de ouders de koopsom voor de blote eigendom hadden geschonken aan de kinderen. Zie HR 20 juni 1962, *BNB* 1963/1.

<sup>18</sup> Zie voor voorbeelden I.J.F.A. van Vijfeijken, *Fictieve erfrechtelijke verkrijgingen in de Successiewet 1956*, Kluwer 2002, p. 150.

nalatenschap.<sup>12</sup> De vraag is echter of dit standpunt houdbaar is. De verwerping werkt immers terug tot aan het moment van het openvallen van de nalatenschap.<sup>13</sup> In juridische zin wordt de erfgenaam na verwerping geacht nooit erfgenaam te zijn geweest. Hij heeft dan ook nimmer de volle eigendom van de goederen van de nalatenschap gehad. Van een omzetting van deze eigendom kan mijns inziens dan ook geen sprake zijn.

## 2.4 Samenstel van rechtshandelingen

De toevoeging 'samenstel van rechtshandelingen' is in het eerste lid opgenomen met het oog op het superturbotestament. In dat geval is sprake van afzonderlijke rechtshandelingen (vestiging van het vruchtgebruik en schuldoverneming) die er samen toe leiden dat de langstlevende het genot heeft verkregen van het eigen vermogen.<sup>14</sup> Omdat deze rechtshandelingen onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden worden deze rechtshandelingen - door de onderhavige uitbreiding - eveneens onder de werkingssfeer van art. 10 gebracht.

## 2.5 Of diens echtgenoot

De toevoeging 'of diens echtgenoot' is in het eerste lid opgenomen naar aanleiding van een uitspraak van de Rechtbank Haarlem d.d. 11 juni 2009, LJN B17 588 en beoogt de ik-opa-schuld die de echtgenoot destijds als last heeft opgelegd gekregen onder de werking van art. 10 Successiewet te brengen. Deze toevoeging is van belang ingeval echtelieden in gemeenschap van goederen zijn gehuwd. Indien de man de nalatenschap van zijn ouder verkrijgt onder de last om bedragen schuldig te erkennen aan zijn kinderen, is bij het overlijden van zijn echtgenote art. 10 zonder nadere voorziening niet van toepassing, omdat de echtgenote geen partij is geweest bij de rechtshandeling, aldus de rechtbank. Bij het overlijden van de zoon kan dan slechts over de helft van het overgedragen vermogen worden geheven, omdat niet meer dan die helft ten koste van zijn vermogen is gegaan. Bij het overlijden van zijn echtgenote kan art. 10 in de huidige vormgeving niet aan de orde komen, aldus Rechtbank Haarlem. In mijn monografie heb ik een ander standpunt verdedigd.<sup>15</sup> Met de voorgestelde toevoeging is de discussie gesloten.

## 2.6 Alle goederen waarop de erflater ten laste van zijn vermogen een vruchtgebruik heeft verworven

**2.6.1 Betekenis** De werkingssfeer van het eerste lid is uitgebreid en ziet met ingang van 1 januari 2010 ook op 'goederen waarop de erflater ten laste van zijn vermogen een vruchtgebruik heeft verworven'. Deze toevoeging moet bewerkstelligen dat ook de figuur dat de erflater met eigen vermogen het vruchtgebruik van een vermogensbestanddeel aanschafte, onder de werking van art. 10 valt.<sup>16</sup> Tot 1 januari 2010 was art. 10 Successiewet alleen van toepassing op de situatie dat de erflater vermogen, waarvan hij eerst de volle eigendom bezit, heeft omgezet in een genotsrecht. Het artikel was niet van toepassing op de situatie dat de erflater tijdens zijn leven vruchtgebruik heeft verworven op goederen die toebehoorden aan de fictieve verkrijgers. Evenmin was het artikel van toepassing bij de zgn. gesplitste aankoop, waarbij de aspirant erflater het vruchtgebruik van een derde verwerft en bijvoorbeeld de kinderen de blote eigendom.<sup>17</sup> Door de toevoeging vallen al deze gevallen vanaf 1 januari 2010 onder het bereik van art. 10. Dit is juist binnen doel en strekking van art. 10. In alle gevallen zet de ouder volle eigendom om in een genotsrecht en groeit de blote eigendom bij het kind aan terwijl het vruchtgebruik uit het vermogen van de erflater verdwijnt op het moment dat hij overlijdt.<sup>18</sup>

Art. 10 maakt onderscheid naar de situatie dat een erflater eerst volle eigendom van een goed had en vervolgens het vruchtgebruik hiervan heeft overgedragen aan zijn kinderen ('ten koste van het vermogen van de erflater heeft verkregen') en de situatie dat de erflater nooit meer heeft gehad dan het vruchtgebruik. In dit laatste geval is art. 10 alleen van toepassing als hij het vruchtgebruik heeft verkregen 'ten laste van zijn vermogen'. In het eerste geval is het niet van belang of de erflater de blote eigendom heeft overgedragen om niet of onder bezwarende titel. In beide gevallen is de blote eigendom 'ten koste' van zijn vermogen gegaan. 'Ten koste van' dient derhalve te worden gelezen als 'afkomstig uit'. In het tweede geval is art. 10 alleen van toepassing als de erflater het vruchtgebruik onder bezwarende titel heeft verworven. Alleen in dat geval zet hij volle eigendom (de betaalde koopsom, die anders zou vererven) om in vruchtgebruik (niet vererfbaar). Indien de erflater het vruchtgebruik heeft verkregen zonder tegenprestatie, zet hij niets om en hoeft art. 10 ook niet van toepassing te zijn. Wordt een vruchtgebruik verkregen voor een lagere waarde dan de waarde in het economische verkeer, dan rijst de vraag wat rechtens is. Enerzijds kan worden betoogd dat hij het vruchtgebruik heeft verworven ten laste van zijn vermogen. In dat geval is art. 10 op het gehele vruchtgebruikvermogen van toepassing. Anderzijds kan worden betoogd dat hij het vruchtgebruik deels heeft



verworven ten laste van zijn eigen vermogen en deels om niet heeft verkregen. In dat geval is art. 10 van toepassing op het laatstgenoemde deel van het vruchtgebruikvermogen. Deze laatste uitleg komt mij gezien doel en strekking van art. 10 als juist voor.

**2.6.2 Samenhang met art. 7** Is art. 10 van toepassing, dan wordt de fictieve verkrijger geacht het vermogen, waarvan de erflater het genot heeft gehad, te verkrijgen. Op deze verkrijging kan hij op grond van art. 7, eerste lid Successiewet de waarde van hetgeen hij voor de verkrijging heeft opgeofferd in mindering brengen, vermeerderd met 6% enkelvoudige rente (zie art. 7, derde lid). Bij de overdracht van de blote eigendom door de erflater en bij de gesplitste aankoop is dit de waarde van de blote eigendom op het moment dat de splitsing plaatsvond. Indien echter het kind een vermogensbestanddeel bezit en hiervan het vruchtgebruik verkoopt aan zijn ouder, is art. 10 ook van toepassing en rijst de vraag wat door het kind op de fictieve verkrijging in mindering kan worden gebracht. Stel een kind koopt een huis in volle eigendom voor 200. Op het moment dat hij het vruchtgebruik verkoopt aan zijn ouder is de waarde van het pand gestegen naar 300. Het vruchtgebruik heeft op dat moment een waarde van 75. Ten tijde van het overlijden van de ouder is de waarde van het pand 350. Wat kan het kind nu als opgeofferde waarde in mindering brengen? Is dit 200 omdat hij dit destijds voor het pand heeft betaald? Of is dit  $200 - 75 = 125$  omdat zijn kostprijs vermindert met de waarde van het vruchtgebruik? In beide gevallen wordt de waardestijging van het pand, die heeft plaatsgevonden vóór de vestiging van het vruchtgebruik in de heffing bij het kind betrokken en dit is niet in overeenstemming met de ratio van art. 10. In de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer wordt op dit probleem ingegaan.<sup>19</sup> Daar is meegedeeld dat het voor de toepassing van art. 7 gaat om de opoffering die is toe te rekenen aan de blote eigendom ten tijde van de aankoop van het vruchtgebruik door de ouders. Voor het waarderingsmoment van de blote eigendom wordt aangesloten bij het moment waarop het vruchtgebruik aan de ouders is verkocht. In bovenstaand voorbeeld bedraagt de opgeofferde waarde dan 225 ( $300 - 75$ ). Deze uitleg komt overeen met doel en strekking van art. 10. Aangekondigd is dat dit bij beleidsbesluit zal worden vastgelegd.

## 2.7 Behouden genot

**2.7.1 De normrente van 6%** Art. 10 is alleen van toepassing als de erflater tijdens zijn leven het genot heeft gehad van een vruchtgebruik of periodieke uitkering. Blijkens het bepaalde in het derde lid is sprake van een genot als de erflater niet jaarlijks ten minste 6% heeft vergoed. Vergoedt hij 6% terwijl een zakelijke vergoeding 8% zou bedragen, dan is er desalniettemin geen sprake van een voorbehouden genot. Het derde lid is niet beperkt tot rentevergoedingen op schuldigeringen.<sup>20</sup> Als een ouder een woonhuis ter waarde van €400.000 overdraagt aan zijn kind onder voorbehoud van een huurrecht, zal deze ouder een maandelijkse huur van €2.000 moeten betalen om toepassing van art. 10 te voorkomen. Dit lijkt mij in veel gevallen een hoger bedrag dan de zakelijke huur van zo'n woonhuis. Het derde lid is ingevoerd met het oog op schuldigeringen en zou ook tot die figuren beperkt moeten blijven.<sup>21</sup> In alle andere gevallen zou slechts maatgevend moeten zijn of een zakelijke vergoeding voor het genot is betaald. In de nadere memorie van antwoord aan de Eerste Kamer wordt opgemerkt dat 6% in deze gevallen misschien wel hoog is, maar dat dit inherent is aan een forfaitaire percentage.<sup>22</sup> Een uitzondering op deze normrente wordt dan ook van de hand gewezen. Wel is aangekondigd dat men zal voorzien in overgangsrecht voor bestaande situaties. Zie hierna paragraaf 2.7.2.

Tot 1 januari 2010 was art. 10 alleen van toepassing als de ouder zich een genot had voorbehouden dat had geduurd tot aan zijn overlijden.<sup>23</sup> Stel dat een ouder bedragen heeft schuldig erkend aan zijn kind in 2000. Hij begint eerst in 2006 met de jaarlijkse rentebetaling en in 2008 is hij overleden. In dat geval heeft de erflater niet tot aan zijn overlijden het genot gehad en was art. 10 niet van toepassing.<sup>24</sup> Het nieuwe derde lid vereist echter dat de vergoeding van ten minste 6% ook daadwerkelijk elk jaar moet zijn betaald. Is dit niet gebeurd, 'dan moeten om de toepassing van art. 10 te voorkomen, de gemiste termijnen (inclusief rente) alsnog worden betaald'.<sup>25</sup> Worden de gemiste termijnen niet tijdig en/of niet volledig vergoed, dan is art. 10 van toepassing op het gehele schuldig erkende bedrag. Art. 7 voorziet immers niet in een mogelijkheid om rekening te houden met de door de erflater betaalde vergoedingen. Dit is een onbillijke uitkomst. Het zou redelijk zijn om in dat geval naar evenredigheid van het gerealiseerde genot te heffen. In het hiervoor genoemde voorbeeld is over een looptijd van acht jaar over twee jaar rente betaald. Het genot heeft dus betrekking op 6/8<sup>e</sup> deel van de looptijd. Niet meer dan 6/8<sup>e</sup> deel van het vermogen dient dan onder de reikwijdte van art. 10 te vallen.

<sup>19</sup> Kamerstukken I 2009-2010, 31 390, D, p. 13.

<sup>20</sup> Al was deze figuur wel de aanleiding om het derde lid in te voeren. Zie *Kamerstukken II 2008-2009*, 31 930, nr. 9, p. 39.

<sup>21</sup> *Kamerstukken II 2008-2009*, 31 930, nr. 9, p. 39. Aldaar wordt opgemerkt dat op grond van de rechtspraak redelijk helder is hoe hoog de vergoeding op een schuldigering uit vrijgevigheid dient te zijn om art. 10 buiten de deur te houden. Diverse malen is beslist dat de marktrente volstaat. Vanuit de praktijk bleek toch behoefte aan een vast percentage. Daarom is gekozen voor 6%.

<sup>22</sup> *Kamerstukken I 2009-2010*, 31 930, F, p. 3.

<sup>23</sup> Of 180 dagen daaraan voorafgaand. Zie art. 10, vierde lid, onderdeel b. Deze toevoeging blijft hierna gemakshalve achterwege.

<sup>24</sup> Anders R.T.G. Verstraaten, *Successiebelastingen*, Kluwer 2008, par. 1.8.5.C3.

<sup>25</sup> *Kamerstukken II 2008-2009*, 31 930, nr. 9, p. 40.

**26** *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 930, nr. 9, p. 40.

**27** *Kamerstukken I* 2009-2010, 31 930, D, p. 12.

**28** Dit dient dan wel meer dan 180 dagen voor het overlijden plaats te vinden. Zie *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 930, nr. 9, p. 40.

**29** *Kamerstukken II* 2009-2010, 31 930, nr. 16, p. 4, art. XII lid 5.

**30** *Kamerstukken I* 2009-2010, 31 930, F, p. 15.

**31** Zie voor andere voorbeelden *Kamerstukken II* 2009-2010, 31 930, nr. 68, p. 5.

Dezelfde onbillijkheid doet zich ook voor in de situatie dat jaarlijks wel rente wordt vergoed maar tot een te laag bedrag. In de parlementaire toelichting wordt het voorbeeld aangehaald dat iemand jaarlijks 5,8% rente vergoedt over de schuldig erkende bedragen. In dat geval heeft hij een genot van 0,2% voorbehouden en aangezien een beetje genot ook genot is, is art. 10 op het volledige schuldig erkende bedrag van toepassing.<sup>26</sup> Ook in dit geval is het redelijk om art. 10 slechts toe te passen naar evenredigheid van het voorbehouden genot, in dit geval 1/30<sup>e</sup> deel van het schuldig erkende bedrag. Dit is aan de orde gesteld in de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer.<sup>27</sup> Er wordt op gewezen dat dit gevolg zich ook onder het oude art. 10 voordeed en dat het in overeenstemming met de bedoeling van art. 10 is, namelijk het belasten van het achterliggende vermogen, waarop het genot rustte. Dit verband begrijp ik niet. Als een erflater tijdens leven heeft betaald voor het genot, dan vermindert dit zijn genot en verzet de strekking van art. 10 zich er niet tegen om hiermee rekening te houden. Tevens wordt opgemerkt dat partijen dit (onbillijke) resultaat kunnen voorkomen, omdat de schuldenaar de mogelijkheid heeft de vergeten rentebetalingen (incl. de rente) in te halen.<sup>28</sup> Mij komt dit nogal eenzijdig over. Enerzijds doet de wetgever zijn best om de inhoud van art. 10 beter af te stemmen op doel en strekking van dit artikel en worden er rechtshandelingen onder gebracht die naar hun aard onder art. 10 behoren te vallen, maar dat in het verleden niet deden, zoals de hiervoor aangehaalde gesplitste aankoop. Anderzijds wordt bestaande overkill in stand gelaten met de opmerking dat dit altijd al een gevolg van art. 10 is geweest en dat voor een heffing naar evenredigheid geen ruimte en evenmin aanleiding bestaat.

**2.7.2 Overgangsrecht** Tot 1 januari 2010 werd enkel getoetst of de door de erflater betaalde vergoeding zakelijk was. Voor wat betreft schuldiggerkenningen uit vrijgevigheid moest deze zakelijkheid worden bepaald naar het moment van de schuldiggerkenning (HR 10 juni 1970, BNB 1970/178) en aansluiting kon worden gezocht bij de rente op staatsleningen (Hof Amsterdam 28 april 1994, VN 1994, p. 3034). Met ingang van 1 januari 2010 geldt echter dat de erflater minimaal 6% dient te vergoeden. Hiervoor is overgangsrecht in het leven geroepen. Indien de schuldiggerkenning tot stand is gekomen voor 1 januari 2010 en er een - naar toenmalige maatstaven - zakelijke rente is overeengekomen en vergoed, treedt deze rente in de plaats van de 6% die met ingang van 1 januari 2010 geldt.<sup>29</sup> Dit overgangsrecht geldt niet voor vruchtgebruik van onroerende zaken. Indien derhalve de ouders in het verleden hun woning hebben overgedragen aan de kinderen en daartegenover een huurrecht hebben bedongen en vervolgens een zakelijke huur zijn gaan betalen die minder bedraagt dan 6% van de waarde van het pand, zou op 1 januari 2010 een genotsrecht ontstaan voor het verschil en is naar de letter van de wet art. 10 van toepassing op het gehele pand. In de nadere memorie van antwoord aan de Eerste Kamer is toegezegd dat ook voor deze gevallen een soortgelijk overgangsrecht in het leven wordt geroepen als voor schuldiggerkenningen.<sup>30</sup>

## 2.8 Uitbreiding (negende lid)

**2.8.1 Werking** Dit lid ziet op rechtsfiguren waarbij twijfel zou kunnen bestaan of deze onder de reikwijdte van het eerste lid vallen, maar die naar doel en strekking wel onder art. 10 behoren te vallen. Het betreft situaties waarin op grond van een testament een niet direct opeisbare vordering ontstaat ten laste van de erfgenaam, waarvan de nominale waarde hoger is dan de waarde van de verkrijging door die erfgenaam. Voor zover de nominale waarde van de vordering de waarde van de verkrijging te boven gaat, wordt dit meerdere geacht krachtens erfrecht te zijn verkregen van deze erfgenaam bij diens overlijden. Aan de parlementaire behandeling ontleen ik het volgende voorbeeld.

### Voorbeeld 1

Stel een opa met een nalatenschap van € 200.000 wijst zijn kind als enig erfgenaam aan en legateert een geldsom van € 1.000.000 aan zijn kleinkind, eerst opeisbaar bij het overlijden van zijn kind. In dit geval is het eerste lid niet van toepassing omdat er geen rechtshandeling tot stand komt waarbij het kind partij is. Het kleinkind verkrijgt zijn vorderingsrecht direct op grond van het testament van opa. Op grond van het negende lid wordt het kleinkind bij het overlijden van het kind geacht € 800.000 krachtens erfrecht te hebben verkregen. Het nominale bedrag van de vordering overtreft de waarde van de nalatenschap van opa namelijk met € 800.000.<sup>31</sup>

De extreme belastingbesparing van de klassieke ik-opa-testamenten is verdwenen, omdat de nominale waarde van de vordering is gemaximeerd tot de omvang van de nalatenschap van opa. Desalniettemin kan via deze constructie worden bereikt dat het vermogen van opa in feite twee keer vererft (eenmaal naar zijn zoon en eenmaal naar zijn kleinkind) terwijl slechts

één keer erfbelasting wordt betaald. Hierbij moet worden opgemerkt dat dit ook het geval is bij een vruchtgebruik testament waarbij de kleinkinderen als erfgenaam zijn aangewezen. Het verschil is echter dat in het voorbeeld het kind tijdens zijn leven de volle eigendom van het vermogen heeft in plaats van enkel het vruchtgebruik.

#### Voorbeeld 2

Opa overlijdt op 80-jarige leeftijd. Zijn zoon is 50 jaar en heeft op zijn beurt drie kinderen. Opa legateert aan ieder kind een bedrag opeisbaar bij het overlijden van zijn zoon waarvan de waarde ten tijde van zijn overlijden €19.000 is. De zoon heeft tijdens zijn leven feitelijk het genot van dat vermogen, zonder dat hij daar enige rechtshandeling voor verricht. Het genot heeft een waarde van  $12 \times 6\% = 72\%$ . Dat betekent dat 28% een waarde heeft van €19.000. De nominale waarde bedraagt dan  $19.000 / 28 \times 100 = €67.857$ . Bij het overlijden van de zoon gaat  $3 \times €67.857 = €203.571$  onbelast naar de kleinkinderen, mits de waarde van de nalatenschap van opa minimaal €203.571 bedraagt. De zoon heeft tijdens zijn leven geen hinder van de schulden aan zijn kinderen. Deze zijn immers eerst opeisbaar bij zijn overlijden. Overigens moet hierbij wel worden opgemerkt dat de kleinkinderen vanaf het overlijden van opa een vorderingsrecht hebben dat zij moeten aangeven voor box 3, waardoor het kleinkind jaarlijks inkomstenbelasting wordt verschuldigd over de vordering. Tevens beïnvloedt de vordering allerlei toeslagen en subsidies waarvoor het box 3 inkomen, of het inkomen volgens de Wet IB 2001, maatgevend is, zoals studiefinanciering, zorgtoeslag en huurtoeslag.

**2.8.2 Verhouding tot het klassieke ik-opa-testament** Indien in het bovenstaande voorbeeld echter sprake is van een klassiek ik-opa-testament is de uitkomst niet anders, maar de belastingheffing wijkt wel af.

In een klassiek ik-opa-testament wordt het kind als enig erfgenaam benoemd, onder de last bedragen schuldig te erkennen aan het kleinkind. Indien de opa uit voorbeeld 2 zijn zoon de last heeft opgelegd om bedragen schuldig te erkennen aan de kleinkinderen, zodanig dat de contante waarde ten tijde van het overlijden van opa €19.000 bedraagt, is bij het overlijden van opa het eerste lid van toepassing, hetgeen betekent dat bij het overlijden van de zoon de vordering ten bedrage van €67.857 geheel wordt belast op grond van art. 10, eerste lid. Deze ongelijke behandeling van (nagenoeg) gelijke gevallen komt mij onwenselijk voor. In de nadere memorie van antwoord aan de Eerste Kamer wordt echter opgemerkt dat in de norm van art. 10 ligt besloten dat indien het niet de erflater zelf is die de rechtshandeling verricht waardoor het genot van het vruchtgebruik ontstaat, de fictie toepassing mist. Vervolgens wordt een voorbeeld gegeven waarin art. 10 wel van toepassing is (overdracht van blote eigendom van pand aan kind) en niet van toepassing is (nalaten van blote eigendom van pand aan kind). Het antwoord lijkt hiermee voorbij te gaan aan de vraag waarom een klassieke ik-opa-vordering volledig in de heffing wordt betrokken op grond van het eerste lid en het legaat onder opschortende tijdsbepaling slechts in aanmerking wordt genomen als fictieve verkrijging voor zover de nominale waarde hoger is dan de verkrijging door het kind.

#### 2.9 Uitzondering voor onderbedelingsvorderingen (vijfde lid)

Op grond van het vijfde lid wordt een schuld uit hoofde van de verdeling van een nalatenschap buiten het bereik van art. 10 gehouden. Het gaat hier om schulden wegens overbedeling tegenover welke schuld volle eigendom is verkregen en de nominale waarde van de schuld niet groter is dan de waarde van de overbedeling.

In zijn oorspronkelijke vorm had dit lid slechts betrekking op de zgn. quasi-wettelijke verdeling. De wettelijke verdeling kan binnen drie maanden ongedaan worden gemaakt (art. 4:18 BW). In de praktijk wordt deze termijn als te kort ervaren en wordt in het testament de wettelijke verdeling uitgesloten en aan de langstlevende de bevoegdheid gegeven om de nalatenschap te verdelen als ware er een wettelijke verdeling. In dat geval zijn de langstlevende en de kinderen erfgenamen en ontstaat er door het overlijden van de eerststervende ouder een onverdeeldheid. Als de langstlevende vervolgens alle goederen van de nalatenschap krijgt toegedeeld en wegens overbedeling bedragen schuldig erkent aan de kinderen, is sprake van een rechtshandeling waarop art. 10, eerste lid Successiewet van toepassing is.<sup>32</sup> Omdat het resultaat van deze verdeling niet afwijkt van de wettelijke verdeling en de quasi-wettelijke verdeling er enkel toe leidt dat de driemaandstermijn van art. 4:18 BW wordt verruimd, was de wetgever van mening, dat het onwenselijk zou zijn om deze vorderingen onder het bereik van art. 10 te laten vallen. Daarom werd voorgesteld om in het vijfde lid te bepalen dat de rechtshandeling die de verdeling conform de wettelijke verdeling tot stand brengt, niet als een rechtshandeling als bedoeld in het eerste lid te beschouwen. Tevens vereiste het vijfde lid dat de overeenkomst tot verdeling conform de wettelijke verdeling binnen de aangiftetermijn tot stand moest komen.

<sup>32</sup> Ervan uitgaande dat niet jaarlijks 6% rente door de langstlevende aan de kinderen wordt vergoed.

De verdeling zelf moest binnen twee jaar na het overlijden tot stand zijn gebracht. Toen deze uitzondering op het eerste lid was voorgesteld, rees onmiddellijk - terecht - de vraag waarom art. 10 dan wel op andere onderbedelingsvorderingen van toepassing zou moeten zijn. Dit heeft - in overleg met de KNB - geresulteerd in een aanzienlijk ruimere formulering van de uitzondering. Zoals gezegd ziet de uitzondering nu op elke onderbedelingsvordering die is ontstaan ten gevolge van de verdeling van een nalatenschap (of andere gemeenschap). Evenmin is een termijn, waarbinnen die verdeling moet plaatsvinden, opgenomen. Dit lijkt me geen probleem op te leveren. Art. 10 komt immers eerst in beeld bij het overlijden van de langstlevende. Als voor die tijd is verdeeld, zijn er vorderingen en schulden ontstaan. Wanneer die precies zijn ontstaan is dan niet van belang.

In het vijfde lid worden de overbedelingsschulden uitgezonderd van art. 10. De vraag is of dit ook voor de rente geldt die op dergelijke vorderingen wordt bijgeschreven. Aan deze problematiek wordt aandacht besteed in de bijdrage 'De verdeling van een nalatenschap en art. 10, vijfde lid Successiewet'.

## 2.10 Legaat tegen inbreng vordering (zesde lid)

**2.10.1 Vordering en rente?** Zoals hiervoor in paragraaf 2.3 is uiteengezet, leidt de schuldigerkenning die haar oorzaak vindt in een legaat, tot toepassing van art. 10. In het zesde lid is hiervoor echter een uitzondering opgenomen. Een overbedelingsschuld uit hoofde van een (quasi-)wettelijke verdeling valt niet onder de werking van art. 10. Als vorderingen uit hoofde van een legaat tegen inbreng van de waarde wel onder de werking van art. 10 zouden vallen, zou dit leiden tot een verschil in behandeling dat niet te rechtvaardigen is.<sup>33</sup> Om deze reden is ook voor dergelijke vorderingen een uitzondering opgenomen. Deze uitzondering heeft betrekking op alle legaten tegen inbreng van de waarde. Dus ook als dit legaat één enkel goed betreft.

De renteproblematiek, waaraan in de bijdrage 'De verdeling van een nalatenschap en art. 10, vijfde lid Successiewet' aandacht wordt besteed, zal zich bij legaten tegen inbreng van de waarde in mindere mate voordoen. Een legaat is immers altijd op een testamentaire making gebaseerd, in tegenstelling tot een verdeling. Het ligt dan voor de hand dat de erfflater in zijn testament heeft bepaald of de inbrengverplichting schuldig kan worden gebleven en als dat het geval is, zal hij ook iets hebben bepaald omtrent de rente. In dat geval is er sprake van 'erfrechtelijke' rente en valt de renteovereenkomst in beginsel niet onder art. 10. Alleen als de legataris en erfgenamen onderling afwijken van het testament zonder tenzij-clausule of, indien er wel sprake is van een tenzij-clausule, ze de andere rente buiten de aangiftetermijn overeenkomen valt de renteovereenkomst onder art. 10.

Komen de legataris en de erfgenaam in afwijking van het testament overeen dat de legataris zijn inbrengverplichting mag schuldig blijven aan de erfgenaam en komen zij tevens overeen dat hierop een zakelijke rente wordt bijgeschreven, dan geldt de uitzondering van het zesde lid niet. Het schuldigerkende bedrag inclusief de bijgeschreven rente valt dan onder de werkingssfeer van art. 10, eerste lid.

**2.10.2 Vruchtgebruiklegaat** Van deze uitzondering is weer uitgezonderd de inbrengvordering die betrekking heeft op een vruchtgebruiklegaat. De reden voor deze uitzondering is niet toegelicht<sup>34</sup>, maar aannemelijk is dat de wetgever hiervoor geen reden ziet. Door het legaat van het vruchtgebruik wordt bereikt dat de langstlevende - wat dat vermogen betreft - niets nalaat en daarnaast wordt zijn vermogen uitgehold door de schuldigerkende bedragen ter zake van de legaat. Deze uitzondering leidt in combinatie met het eerste lid echter tot dubbele heffing.

<sup>33</sup> Kamerstukken II 2009-2010, 31 930, nr. 13, p. 18.

<sup>34</sup> Kamerstukken I 2009-2010, 31 930, nr. 13, p. 19.

### Voorbeeld 3

E en L zijn gehuwd in gemeenschap van goederen. De gemeenschap bedraagt € 2.000.000. E overlijdt. K is enig erfgenaam en aan L is het vruchtgebruik van de nalatenschap gelegateerd tegen inbreng van de waarde. De waarde van het vruchtgebruik bedraagt € 600.000 en deze inbreng kan worden schuldig gebleven. In dit geval verwerft L het vruchtgebruik ten laste van haar eigen vermogen. Op grond van het eerste lid is art. 10 van toepassing op dit vermogen. Dit vermogen (bij gelijkblijvende waarde) bedraagt € 1.000.000. Dit is de fictieve verkrijging voor K. K kan in mindering brengen hetgeen hij hiervoor heeft opgeofferd. Dat is nihil, omdat hij de blote eigendom destijds krachtens erfrecht uit de nalatenschap van E heeft verkregen. Dit lijkt mij niet terecht. Hij moet de blote-eigendoms waarde ten tijde van de verkrijging in mindering kunnen brengen (zie hiervoor paragraaf 2.6.2), waardoor hij voor € 600.000 wordt belast. Tot dat bedrag heeft L immers eigendomsrechten omgezet in genotsrechten.

Naast deze fictieve verkrijging is art. 10 eveneens van toepassing op de legaat-tegen-inbreng-vordering ter waarde van €600.000. De uitzondering van het zesde lid geldt daarvoor niet. Hierdoor wordt het genotsrecht twee keer belast. L laat na een vermogen van €1.000.000 (haar aandeel in de huwelijksgemeenschap) verminderd met een schuld van €600.000, waarvan zij het genot heeft voorbehouden. Bij haar overlijden vindt dan heffing plaats over €400.000 op grond van art. 1 en twee keer over €600.000 (of 1 x over €1.000.000 (door het huidige art. 7, eerste lid) en 1 x over €600.000) op grond van art. 10. De uitzondering van het zesde lid zou dus ook moeten gelden voor legaat-tegen-inbreng schulden die betrekking hebben op een vruchtgebruiklegaat omdat dit vruchtgebruiklegaat al onder de werking van het eerste lid valt. In de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer is opgemerkt dat dubbele heffing niet de bedoeling is.<sup>35</sup>

<sup>35</sup> *Kamerstukken I* 2009-2010, 31 930, D, p. 14.

## 2.11 Uitoefening van een bloot-eigendomswilsrecht (zevende lid)

Zonder nadere voorziening valt ook de uitoefening van een bloot-eigendomswilsrecht als bedoeld in art. 4:19 en 4:21 BW onder de werking van art. 10. De overdracht van de blote eigendom door de langstlevende ouder aan de kinderen is immers een rechtshandeling. Dat deze verplichting voortvloeit uit het erfrecht doet niet terzake. Hierover werd ook anders gedacht<sup>36</sup>, maar na het turbotestamentarrest staat vast dat ook deze rechtshandeling onder het bereik van art. 10 Successiewet valt. Uit allerlei bepalingen in de Successiewet blijkt echter dat de wetgever de fiscale gevolgen van het wettelijk erfrecht zo beperkt mogelijk heeft willen houden.<sup>37</sup> De uitzondering in het nieuwe zevende lid brengt de wet dan ook in overeenstemming met de bedoeling van de wetgever, zoals die sinds de invoering van het nieuwe erfrecht met ingang van 1 januari 2003, bestaat. Daarnaast ziet de bepaling ook op andere wilsrechten uit boek 4, zoals bijvoorbeeld de vordering die een kind uit hoofde van zijn legitieme portie op de langstlevende echtgenoot verkrijgt en voor zover de langstlevende echtgenoot dit bedrag kan schuldig blijven.<sup>38</sup>

<sup>36</sup> Zie bijv. R.T.G. Verstraaten, *Fiscale aspecten van het komende versterferfrecht*, *WPNR* (1998) 6336, p. 742 en *Kamerstukken II* 1999-2000, 27 245, nr. 3, p. 20.

<sup>37</sup> Zie o.a. art. 1, vijfde en achtste lid en art. 30, eerste lid Successiewet.

<sup>38</sup> Zie voor de opeisbaarheid van de legitimaire vordering art. 4:81-84 BW.

## 2.12 Varia

**2.12.1 Ongehuwden met kinderen** Indien een erflater zijn partner, met wie hij ongehuwd samenleeft, als erfgenaam benoemt onder de last bedragen schuldig te erkennen aan zijn kinderen, dan vallen deze schuldigerkenningen onder de werking van art. 10. De werking van art. 10 kan alleen worden voorkomen door een jaarlijkse rentebetaling van 6% door de langstlevende partner aan de kinderen. Dit zal veelal ongewenst zijn. In deze situatie doet de erflater er beter aan om een legaat tegen inbreng van de waarde te maken, waarbij hij tevens bepaalt hoe hoog de rente op de schuldigerkenningen moet zijn met naar believen een tenzij-clausule. Overigens geldt de defiscalisering in de inkomstenbelasting, zoals deze met ingang 1 januari 2010 luidt, dan niet. Om dat te bereiken is het noodzakelijk om de partner en de kinderen gezamenlijk als erfgenaam te benoemen en dat zij vervolgens een verdeling tot stand brengen, conform de wettelijke verdeling. Zie ook het volgende onderdeel.

**2.12.2 Defiscalisering in de inkomstenbelasting** In de inkomstenbelasting zijn vorderingen uit hoofde van een verdeling die qua resultaat overeenkomen met de wettelijke verdeling vrijgesteld van box 3. De langstlevende ouder mag daartegenover niet de schuld in aftrek brengen (of de rente voor zover de schulden aan box 1 of box 2 vermogen zijn toe te rekenen, in mindering op het inkomen brengen). Bij de derde nota van wijziging is deze defiscalisering uitgebreid in die zin dat onder echtgenoot mede wordt verstaan de partner als bedoeld in art. 1a, vierde, vijfde en zesde lid Successiewet.<sup>39</sup> Voor deze gevallen geldt nu dat bij de kinderen geen enkele heffing plaatsvindt over de waarde-aangroei van hun vordering met de rente die de langstlevende bijschrijft. In box 3 blijft heffing achterwege omdat de vorderingen in het geheel niet tot de rendementsgrondslag worden gerekend. De vorderingen, vermeerderd met de rente, worden evenmin belast met erfbelasting omdat ze niet onder art. 10 Successiewet vallen in verband met het ontbreken van een rechtshandeling (de wettelijke verdeling) of omdat de vorderingen onder het vijfde lid vallen en ik aanneem dat in deze gevallen de erflater in het testament een rente heeft voorgeschreven al dan niet met tenzij-clausule. Indien een samen-gestelde rente van 6% wordt bijgeschreven vermindert dit de nalatenschap van de langstlevende zonder dat dit tot enige heffing bij kinderen leidt.

<sup>39</sup> *Kamerstukken II* 2009-2010, nr. 48. De vraag is of deze uitbreiding praktisch veel betekenis heeft. Het gaat bij ongehuwd samenwonenden vaak niet om een verdeling. In de praktijk wordt in dergelijke gevallen meestal de partner als enig erfgenaam benoemd onder de last om bedragen schuldig te erkennen aan de kinderen of wordt een legaat ten behoeve van de partner gemaakt, tegen inbreng van de waarde. In beide gevallen is geen sprake van een vordering die is ontstaan krachtens verdeling.

In zijn brief van 29 oktober 2009, DB/2009/00M, p. 14 kondigt de staatssecretaris een brief aan over defiscalisering in de Wet IB 2001 van vorderingen en schulden die zijn ontstaan krachtens erfrecht. Het is van belang dat hierbij een evenwichtige heffing in het oog wordt gehouden. Er bestaan verschillende mogelijkheden:

- 1 De waarde-aangroei van alle vorderingen krachtens erfrecht wordt vrijgesteld van inkomstenbelasting en erfbelasting.
- 2 De waarde-aangroei van alle vorderingen krachtens erfrecht wordt belast met inkomstenbelasting en erfbelasting.



- 3 De waarde-aangroei van alle vorderingen krachtens erfrecht wordt vrijgesteld van inkomstenbelasting maar belast met erfbelasting.
- 4 De waarde-aangroei van alle vorderingen krachtens erfrecht wordt belast met inkomstenbelasting maar vrijgesteld van erfbelasting.

Mijn voorkeur gaat uit naar optie 3. De vordering is op geen enkele wijze liquide te maken en het is maar de vraag of de vordering ooit zal worden voldaan en voor welk deel. Heffing van een jaarlijkse inkomstenbelasting kan dan tot liquiditeitsproblemen leiden. Tevens worden vele inkomensafhankelijke toeslagen en subsidies beïnvloed door de vordering als deze voor box 3 in aanmerking moet worden genomen. Een volledige belastingvrijdom van de waarde-aangroei is ook ongewenst. Welke rechtvaardiging is er om dergelijke inkomsten onbelast te laten? Om dezelfde reden is een dubbele heffing niet wenselijk.

Indien de wetgever de ene vordering krachtens erfrecht anders gaat behandelen dan de andere vordering krachtens erfrecht, moet daar een rechtvaardiging voor zijn. Nu is het zo dat de aangroei van een vordering uit hoofde van een wettelijke verdeling noch met inkomstenbelasting, noch met erfbelasting is belast. Een aangroei van een vordering uit hoofde van een ik-opa-testament is daarentegen dubbel belast. Enerzijds met inkomstenbelasting omdat de vordering niet is gedefiscaliseerd en anderzijds met erfbelasting omdat deze vordering (geheel) onder het eerste lid van art. 10 valt. Beide gevallen zijn onwenselijk. Eenmaal heffing over de waarde-aangroei, op het moment dat deze wordt gerealiseerd, past binnen een wetgeving die heft naar draagkracht.

**2.12.3 Renteovereenkomsten** Ook renteovereenkomsten kunnen onder art. 10 Successiewet vallen. Hiervoor verwijs ik naar de bijdrage van T.N. Peters van Neijenhof, Een drietal nieuwe rentebepalingen in de Successiewet 1956.

### 2.13 Intrekking van het besluit van 30 november 1964, BNB 1965/96

Tot slot is het besluit van 30 november 1964, BNB 1965/96 ingetrokken.<sup>40</sup> Hierdoor is een einde gekomen aan het goedkeurende beleid dat onroerende zaken voor de toepassing van art. 10 in aanmerking mogen worden genomen naar de waarde ten tijde van de rechtshandeling. Eerder heb ik betoogd dat de beperking van dit goedkeurende beleid tot onroerende zaken in strijd is met het gelijkheidsbeginsel (als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur).<sup>41</sup> Er is nog een reden waarom het toe te juichen is dat dit besluit wordt ingetrokken. In het slot van het tweede lid van art. 11 is het arrest van de Hoge Raad d.d. 6 juni 2008, BNB 2008/203 gerepareerd.<sup>42</sup> Deze reparatie zou niet geloofwaardig zijn als het hiervoor genoemde besluit zijn werking zou behouden. Er is niet voorzien in overgangsrecht. Hiertegen bestaat mijns inziens geen bezwaar gezien de onmiddellijke werking van art. 11, tweede lid. Ook in de gevallen dat een belastingplichtige reeds voor 2010 zijn pand heeft verkocht aan zijn kind onder de verplichting om het pand eerst te leveren na zijn overlijden, zal vanaf 1 januari 2010 het overlijden van deze ouder leiden tot een fictief erfrechtelijke verkrijging. Er bestaat mijns inziens geen reden om voor de toepassing van art. 10 Successiewet dan meer coulanace te betonen.

### 2.14 Evaluatie

Art. 10 is alleen nog te begrijpen vanuit het concept van een boedelbelasting. Dat concept is achterhaald, maar wordt door de wetgever desondanks toch nog onderschreven.<sup>43</sup> Vanuit het concept van een verkrijgersbelasting is er geen reden om deze bepaling te handhaven. Bij de verkrijging van de blote eigendom offert de verkrijger de reële waarde hiervoor op. Hij geniet vervolgens de waarde-aangroei, maar daar staat tegenover dat hij de koopsom met samengestelde rente opoffert. Is de blote eigendom geschonken, dan is schenkbelasting betaald over de verkregen waarde. De aanwas vindt vervolgens plaats in het vermogen van de verkrijger. Hetzelfde geldt voor een vorderingsrecht dat een verkrijger krachtens erfrecht verkrijgt. De waarde van dat recht wordt bij hem in de erfbelasting betrokken. Als dan bij aflossing nog een keer over die waarde wordt geheven, is sprake van dubbele heffing waarvoor geen rechtvaardiging kan worden gevonden. Deze dubbele heffing heeft ook tot verhitte discussies geleid tijdens het wetgevingsproces, hetgeen weer heeft geresulteerd in drie nota's van wijziging. Telkens werd er weer een andere figuur van de werking van art. 10 uitgezonderd.

Het probleem is dat in de hiervoor genoemde figuren erfbelasting wordt ontgaan bij de langstlevende<sup>44</sup> (zijn nalatenschap wordt immers teruggebracht tot nihil, terwijl hij daar tijdens zijn leven geen hinder van ondervindt) en dat de reparatie daarvan - door toepassing van art. 10 Successiewet - plaatsvindt bij het kind<sup>45</sup>. Datzelfde geldt voor de inkomstenbelasting. Die

<sup>40</sup> Kamerstukken II 2008-2009, 31 930, nr. 4, p. 11.

<sup>41</sup> A.w. p. 111. In deze zin ook J.K. Moltmaker, *De ficties in de wetgeving betreffende de belastingen wegens nalatenschappen en schenkingen van de E.E.G.-staten en Engeland* (1968), p. 150-151.

<sup>42</sup> Zie par. 3.4.

<sup>43</sup> Kamerstukken II 2008-2009, 31 930, nr. 4, p. 10.

<sup>44</sup> Of bij het kind als het een ik-opa-testament betreft.

<sup>45</sup> Of bij het kleinkind als het een ik-opa-testament betreft.

wordt geheven van het kind, terwijl het gehele vermogen ter beschikking staat aan de langstlevende.<sup>46</sup>

Vanuit art. 10 Successiewet, gebaseerd op een boedelbelasting, is de heffing terecht. De nalatenschap van de langstlevende is 'weggepoetst' zonder dat hij tijdens zijn leven wordt beperkt in zijn bestedingsmogelijkheden. Vanuit het verkrijgersconcept vindt reparatie echter plaats bij de verkeerde, namelijk bij het kind in plaats van bij de langstlevende. In WFR 2009/1231 heb ik opgemerkt dat er vanuit het verkrijgersconcept twee oplossingsrichtingen denkbaar zijn.<sup>47</sup>

**De wetgever kiest voor de juridische werkelijkheid** In dat geval vindt bij het overlijden van de eerste ouder heffing plaats bij het kind over de vordering en bij de langstlevende blijft voor dat deel van de nalatenschap heffing achterwege. Zijn verkrijging voor dat deel is immers per saldo nihil. De keuze voor de juridische werkelijkheid heeft als nadeel dat het voor belastingplichtigen eenvoudig wordt om de heffing van erfbelasting bij het overlijden van de langstlevende te verminderen tot nihil. Het voordeel is echter dat wordt aangesloten bij bestaande juridische begrippen (vordering en schuld/blote eigendom en vruchtgebruik).

**De wetgever kiest voor de economische werkelijkheid** De langstlevende verkrijgt het gehele vermogen van de erflater tot zijn beschikking, maar in juridische zin verrijkt hij niet omdat tegenover het verkregen vermogen een (even grote) schuld aan de kinderen staat. De schuld is echter niet opeisbaar, er hoeft niet feitelijk rente over te worden betaald en meestal hoeft er geen zekerheid te worden gesteld. Doel is immers om de langstlevende ongestoord van het nagelaten vermogen te laten genieten. De verrijking van het kind met de vordering op de langstlevende leidt niet tot enige toename van de beschikkingsmacht van dat kind. Aansluiten bij de economische betekenis houdt in dat bij de langstlevende geen rekening wordt gehouden met de schulden. Eerst bij aflossing verhoogt de draagkracht van de kinderen en kan bij hen heffing plaatsvinden. Deze dubbele heffing kennen we ook bij het fidei commissis. De langstlevende wordt in dat geval eveneens belast voor de volledige waarde van het fidei commissaire vermogen, ook al kan hij daar bij zijn dood niet over beschikken. De figuur wijkt in essentie niet af van de figuur dat de langstlevende al het vermogen verkrijgt waartegenover schulden ontstaan aan de kinderen. Ook dan kan de langstlevende bij zijn overlijden niet over dat vermogen beschikken en worden de kinderen uiteindelijk belast voor dat wat over is van het betreffende vermogen.

Mocht dubbele heffing, zoals bij het fidei commissis, bezwaarlijk zijn, dan zou aan de kinderen enige vorm van verrekening kunnen worden gegeven.<sup>48</sup>

### 3 Artikel 11 Successiewet

#### 3.1 Inleiding

Tot 1 januari 2010 had art. 11 Successiewet betrekking op verblijvings-, toedelings- en overnemingsbedingen. Het eerste lid zag op goederen die gemeenschappelijke eigendom waren van de deelgenoten en die bij overlijden van de ene contractant verbleven of konden worden overgenomen door de andere contractant. Het tweede lid bevatte een soortgelijke bepaling met betrekking tot goederen die niet in mede-eigendom werden gehouden. De verkrijging krachtens een verblijvings- of overnemingsbeding werd aangemerkt als een fictieve erfrechtelijke verkrijging. Hierop kwam in mindering hetgeen voor de verkrijging door de verkrijger werkelijk was opgeofferd, zonder rekening te houden met renteverlies.

Onder het eerste en tweede lid vielen voornamelijk vennootschapscontracten en samenlevingscontracten. Beide leden zijn met ingang van 1 januari 2010 terug te vinden in het tweede lid. De slotzin die aan dit tweede lid is toegevoegd is een reactie op HR 6 juni 2008, BNB 2008/203. Het eerste lid is toegevoegd naar aanleiding van HR 20 maart 2009, BNB 2009/179 en 180. Het derde lid is letterlijk overgenomen uit art. 9, eerste lid Successiewet. Het vierde lid is letterlijk overgenomen uit art. 7 en het vijfde lid is een voortzetting van het oude vijfde lid. Hierna zullen alleen de wijzigingen die hebben plaatsgevonden in art. 11 worden besproken.

<sup>46</sup> Tenzij sprake is van defiscalisering. Zie hetgeen hierover is opgemerkt in par. 2.12.2.

<sup>47</sup> I.J.F.A. van Vijfeijken, Wetsvoorstel 31 930: gebrek aan visie, WFR 2009/1231.

<sup>48</sup> Zie voor de mogelijkheden I.J.F.A. van Vijfeijken, Heffing van successierecht over onderbedelingsvorderingen: aanknopen bij de economische realiteit, WFR 2008/308.



**49** I.c. was sprake van een mengelmoe van waarde-ringsvoorschriften. Blijkens de feitelijke vaststelling van het hof bestond een aanmerkelijk verschil tussen de verkrijgingsprijs en de waarde in het economische verkeer van de veehouderij. Of die verkrijgingsprijs nou bestaat uit de agrarische waarde, de boekwaarde, de waarde die een nog juist lonende exploitatie mogelijk maakt of de going-concern-waarde, maakt niet uit voor de voorliggende rechtsvraag. Slechts van belang is dat de waarde die de zoon diende te vergoeden lager was dan de liquidatiewaarde, met het doel om de voortzetting van de onderneming mogelijk te maken. Deze lagere waarde duid ik hierna als going-concernwaarde.

**50** De nakoming van hetgeen is overeengekomen in het vennootschapscontract kan mijns inziens geen schenking zijn. De vraag is dan ook niet of de uitvoering van het maatschapscontract als een gift kan worden aangemerkt, maar of het aangaan van een contract, met dergelijke overnamerechten een gift inhoudt.

**51** Dit oordeel verbaasde gezien de vele (lagere) rechtspraak die voorhanden was, waarin is beslist dat de overname van een boerenbedrijf door een verwant tegen agrarische waarde in plaats van tegen vrije verkoopwaarde een schenking inhoudt (zie de conclusie bij dit arrest van A-G Van Ballegooijen onderdeel 5.1).

**52** Overigens was in onderhavig geval een meerwaardeclausule opgenomen inhoudende dat bij vervreemding van de onderneming binnen 10 jaar na de overname, het verschil tussen de waarde in het economische verkeer op het moment van de verkrijging en de lagere going-concernwaarde door belanghebbende aan zijn vader dient te worden vergoed. De Hoge Raad besteedt echter geen enkele aandacht aan de meerwaardeclausule. Er is geen aanwijzing dat hij anders zou hebben beslist als er geen meerwaardeclausule was overeengekomen.

**53** Zie ook *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 930, nr. 9, p. 41.

**54** Zie voor de vraag of deze bepaling een ongeoorloofde discriminatie inhoudt I.J.F.A. van Vijfeijken, *Fictieve erfrechtelijke verkrijgingen in de Successiewet 1956*, Kluwer 2002, p. 158-159.

### 3.2 Fictieve schenking in het eerste lid

Dit lid is opgenomen naar aanleiding van HR 20 maart 2009, BNB 2009/179 en 180. Kort gezegd komt de casus die in BNB 2009/179 aan de orde was op het volgende neer: de zoon drijft gedurende 8 jaar met zijn vader in maatschapsverband een veehouderij. Als de vader in 2000 uit de maatschap treedt, maakt de zoon gebruik van zijn recht om de onderneming voort te zetten en neemt hij het aandeel van de vader over tegen vergoeding van de going-concernwaarde<sup>49</sup> die in dit geval lager is dan de liquidatiewaarde. In geschil is de vraag of in 2000 sprake is van een schenking.<sup>50</sup>

De Hoge Raad komt in onderhavig arrest zonder veel omwegen tot de conclusie dat geen sprake is van een schenking, omdat '(...) de rechtsbetrekkingen tussen deelgenoten in een gemeenschap worden beheerst door de maatstaven van redelijkheid en billijkheid, die in het algemeen in de weg staan aan een waardering die voortzetting van een (nog juist lonend) bedrijf onmogelijk maakt'.<sup>51</sup> Dat betekent dat we in de visie van de Hoge Raad niet toekomen aan de heffing van schenkbelasting en dus ook niet aan de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Dat betekent verder dat de voortzetting van de onderneming (gedurende vijf jaar) niet gewaarborgd is. Als de zoon in de onderhavige casus de onderneming een jaar na de verkrijging liquideert, kan hij het voordeel onbelast in eigen zak steken.<sup>52</sup> De wetgever heeft echter de handschoen opgepakt en het eerste lid toegevoegd aan art. 11. Indien een vennoot in een vennootschap onder firma het aandeel van een andere vennoot kan overnemen tegen een waarde die minder bedraagt dan de hogere liquidatiewaarde, wordt het verschil met ingang van 1 januari 2010 als een schenking beschouwd. Aan de toets of sprake is van vrijgevigheid wordt niet meer toegekomen. Door deze fictie kunnen de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten van toepassing zijn. Overdracht tegen de lagere going-concernwaarde (bij een hogere liquidatiewaarde) is dan alleen mogelijk zonder de heffing van schenkbelasting indien de onderneming ook daadwerkelijk gedurende ten minste vijf jaar wordt voortgezet. Tevens wordt, door opname van deze fictie in het eerste lid, voorkomen dat de verkrijging tijdens leven en de verkrijging bij overlijden verschillend worden behandeld.<sup>53</sup>

Het eerste lid is alleen van toepassing indien gebruik wordt gemaakt van een beding dat is opgenomen in een vennootschapscontract. Wordt een eenmanszaak overgedragen tegen de lagere going-concernwaarde, dan geldt de fictie van art. 11, eerste lid dus niet. In dat geval moet aan de gebruikelijke voorwaarden voor een gift worden getoetst (verarming, verrijking, vrijgevigheid). In de arresten van 20 maart 2009, BNB 2009/179 en 180 was geen sprake van een schenking vanwege de bijzondere rechtsbetrekking tussen deelgenoten. Bij de overdracht van een eenmanszaak ontbreekt een dergelijke bijzondere rechtsbetrekking; er is bij de overdracht van een eenmanszaak geen sprake van 'een gemeenschap die wordt beheerst door de maatstaven van redelijkheid en billijkheid'.

Wordt tussen samenwoners een overeenkomst opgemaakt op grond waarvan bepaalde (al dan niet) gemeenschappelijke goederen door de ander tijdens leven kunnen worden overgenomen voor een lagere waarde dan de waarde in het economische verkeer, dan moet worden beoordeeld of het aangaan van een dergelijk contract een schenking inhoudt. Aan alle vereisten voor een gift (verarming, verrijking en bevoordelingsbedoeling) moet dan zijn voldaan. Het eerste lid is blijkens het bepaalde in het vijfde lid alleen van toepassing indien de verkrijger de partner is van de erflater of behoort tot diens bloed- en aanverwanten tot en met de vierde graad of hun partners.<sup>54</sup>

### 3.3 Fictieve erfrechtelijke verkrijging van het tweede lid

In het tweede lid is een fictieve erfrechtelijke verkrijging opgenomen die voorheen was opgenomen in het eerste en tweede lid. Het gaat om overnemings-, verblijvings- en toedelingsbedingen die zijn opgenomen in een overeenkomst en op grond waarvan een ander (het aandeel in) goederen van de erflater kan overnemen. In tegenstelling tot het eerste lid blijft de werking van dit lid niet beperkt tot vennootschapsovereenkomsten. Ook overeenkomsten, aangegaan tussen bijvoorbeeld samenwoners, vallen onder het bereik van dit lid.

### 3.4 Uitgestelde levering

In het slot van het tweede lid is uitdrukkelijk bepaald dat krachtens erfrecht wordt geacht te zijn verkregen de goederen waaromtrent door de erflater een verplichting tot levering is aangegaan en de levering plaatsvindt bij overlijden of een daarmee verband houdend tijdstip. Hiermee is het arrest HR 6 juni 2008, BNB 2008/203 achterhaald. Dit komt mij juist voor, indien de betaling van de koopsom en de ingebruikneming ook eerst plaatsvinden bij het overlijden van de erflater. Deze beperking vinden we echter niet terug in de wettekst. In HR

16 april 1969, BNB 1969/124 verkocht een moeder tijdens haar leven een pand aan haar zoon. De eigendom zou worden geleverd bij haar overlijden. Op dat moment moest ook de koopsom worden voldaan. De zoon verkreeg onmiddellijk het genot van het pand. Lasten en onderhoud kwamen onmiddellijk voor zijn rekening en over de koopsom vergoedde hij rente aan zijn moeder. Naar de tekst van het slot van het huidige tweede lid wordt het pand geacht krachtens erfrecht te zijn verkregen. Op de waarde van het pand kan de verschuldigde koopsom vermeerderd met rente in mindering komen. Dat betekent dat de exogene waardeveranderingen mede in de heffing worden betrokken. Dit is naar mijn mening niet juist. In dit geval heeft de economische eigendomsoverdracht tijdens leven plaatsgevonden. Er is dan geen reden meer om een fictieve erfrechtelijke verkrijging aan te nemen.

## 4 Artikel 13 Successiewet

### 4.1 Uitkering wordt belast voor zover deze is toe te rekenen aan een onttrekking aan het vermogen van de erflater

Art. 13 is aangepast aan het voorstel zoals dat destijds door de werkgroep Moltmaker is gedaan.<sup>55</sup> Indien terzake van de uitkering uit levensverzekering (of derdenbeding) iets is onttrokken aan het vermogen van de erflater wordt de uitkering belast, voor zover deze is toe te rekenen aan die onttrekking aan het vermogen van de erflater. Dat betekent onder andere dat als echtelieden in gemeenschap van goederen zijn gehuwd de uitkering uit een levensverzekering ten gevolge van het overlijden van een van de echtelieden voor de helft in de heffing van erfbelasting wordt betrokken. Omdat in dat geval de premies zijn voldaan ten laste van de huwelijksgemeenschap, is terzake van de uitkering altijd de helft van premies onttrokken aan het vermogen van de overleden echtgenoot. Tot 1 januari 2010 werd de hele uitkering dan in de heffing betrokken, verminderd met de helft van de opgeofferde premies. Vanaf 1 januari 2010 wordt in alle gevallen slechts de helft van de uitkering belast. Art. 23 is daarmee komen te vervallen.

In mijn bijdrage in WFR 2009/6815 wees ik er op dat premiesplitsing onder de nieuwe wet van belang blijft.<sup>56</sup> Vereenvoudiging kan worden bereikt indien wordt bepaald dat premies voor levensverzekeringen altijd worden geacht kosten van de huishouding te zijn waaraan beide echtelieden<sup>57</sup> worden geacht in gelijke verhouding te hebben bijgedragen.<sup>58</sup>

Kosten van de huishouding is synoniem aan de kosten van het gemeenschappelijke belang. Echtelieden sluiten verzekeringen op elkaars leven vanuit de verzorgingsbehoefte die over en weer bestaat. Door zo'n uitkering bij overlijden van de één moet de ander in staat worden gesteld om zonder al te veel financiële problemen te kunnen voortleven. Partners worden in mijn voorstel, los van het huwelijksgoederenregime, in alle gevallen gelijk behandeld. De wetgever heeft dit idee van de hand gewezen met de opmerking het introduceren 'van een nieuwe fictie in de Successiewet 1956 met betrekking tot de kosten van de huishouding' onwenselijk is.<sup>59</sup> De staatssecretaris heeft bij besluit van 29 februari 2000, VN 2000/14.13 echter zelf goedgekeurd dat voor de toepassing van art. 13 de premies van levensverzekering niet behoren tot de kosten van de huishouding. Dit is in strijd met de heersende opvatting dat de premies voor dergelijke verzekeringen kosten van de huishouding zijn.<sup>60</sup> Het schriftelijk uitsluiten hiervan in de huwelijkse voorwaarden dient er alleen toe om art. 13 te ontgaan. Het is dus de staatssecretaris die een fictie inbouwt in de fictie van art. 13.

### 4.2 Schenking lopende polis

Is de polis, waarop de erflater premie heeft betaald, tijdens leven geschonken, dan is met ingang van 1 januari 2010 art. 13 bij overlijden van de erflater evenmin van toepassing. De schenking van de polis heeft ertoe geleid dat over de vermogensovergang is afgerekend. Zoals ik eerder betoogde is er dan geen reden meer om erfbelasting te heffen bij overlijden.<sup>61</sup>

### 4.3 Artikel 13, tweede lid

Het tweede lid dicht het gat dat zou zijn ontstaan door de arresten van de Hoge Raad van 11 juli 2008, BNB 2008/252 en BNB 2008/253. In het eerstgenoemde geval hadden kinderen een verzekering gesloten bij de vader als verzekeraar op het leven van die vader. Toen de vader overleed voor het bereiken van de 58-jarige leeftijd (hij was ten tijde van zijn overlijden 53) ontvingen de kinderen ieder een uitkering van f 3.000.000 ten laste van het vermogen van de erflater. De nalatenschap werd hierdoor verkleind. Eenzelfde transactie was tot stand gekomen tussen de man en zijn partner, voor een bedrag van f 2.000.000. In beide gevallen oordeelde de Hoge Raad art. 13 niet van toepassing.

In het tweede lid is nu bepaald dat dergelijke uitkeringen onder de werking van art. 13 vallen.

<sup>55</sup> G.J.B. Dietvorst heeft deze wijziging reeds voordien bepleit. Zie o.a. Levensverzekering in de Successiewet: van fictie naar realiteit? *WPNR* (1999) 6380.

<sup>56</sup> I.J.F.A. van Vijfeijken, De fictiebepalingen: vereenvoudiging of window dressing? *WFR* 2009/6815, p. 713 e.v.

<sup>57</sup> Waarbij notariële samenwoners met gehuwden gelijk worden gesteld, net zoals dat voor de andere bepaling in de Successiewet geldt.

<sup>58</sup> Dit in tegenstelling tot hetgeen de staatssecretaris heeft goedgekeurd in zijn besluit van 29 februari 2000, VN 2000/14.13. Daar is toegezegd dat premies geen kosten van de huishouding zijn, tenzij de huwelijkse voorwaarden uitdrukkelijk anders bepalen. Dit is mijns inziens de omgekeerde wereld.

<sup>59</sup> *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 930, nr. 9, p. 87.

<sup>60</sup> Zie voor een overzicht van de literatuur I.J.F.A. van Vijfeijken, *Fictieve erfrechtelijke verkrijgingen in de Successiewet 1956*, Kluwer 2002, p. 228.

<sup>61</sup> I.J.F.A. van Vijfeijken, *Fictieve erfrechtelijke verkrijging in de Successiewet 1956*, Kluwer 2002, p. 245.

De werking van het tweede lid blijft beperkt tot het geval dat de erflater verzekerde is en zichzelf, zijn partner of zijn bloed- en aanverwanten tot en met de vierde graad of hun partners, als verzekeraar is opgetreden. De eerste vraag die rijst is, of deze 'constructie' leidt tot een opbrengstderving voor de overheid. In het onderhavige geval overleed de verzekerde binnen de verzekerde periode. Maar vaak zal dit ook niet het geval zijn en dan zijn de geschonken premies belast geweest met schenkbelasting en worden deze premies uiteindelijk bij het overlijden van ouder belast met erfbelasting. Met andere woorden: in alle gevallen waarin de verzekerde niet tijdig overlijdt, heeft de overheid extra inkomsten in de vorm van schenkbelasting over de geschonken premies.<sup>62</sup>

<sup>62</sup> Als voor de geschonken premies het schenkingsrechtelijke bedrag is gebruikt, kan dit niet meer worden aangewend voor andere schenkingen in hetzelfde jaar, zoals een bedrag ineens of een schuldigerkenning uit vrijgevigheid. De nalatenschap vermindert dan niet met die bedragen.

In alle gevallen waarin de verzekerde wel tijdig overlijdt, vermindert de uitkering de nalatenschap. Omdat voor de overheid de wet van de grote aantallen geldt, is de vraag gerechtvaardigd of deze constructie tot een opbrengstderving zal leiden.

Vervolgens rijst de vraag of een dergelijke levensverzekeringsovereenkomst een standaard methode van estate-planning wordt, zoals de wetgever vermoedt. Hoe dan ook, de wetgever heeft het zekere voor het onzekere genomen met de invoering van het tweede lid. Evenmin kunnen familieleden zoals ooms, tantes of grootouders als verzekeraar worden ingezet. Mocht het tweede lid van toepassing zijn, dan kan de fictieve verkrijger de premies of koopsom die hij terzake van de uitkering heeft opgeofferd (vermeerderd met rente) in mindering brengen op de verkrijging. Zie art. 7.

## 5 Artikel 7

Art. 7 bevat algemene bepalingen met betrekking tot hetgeen in mindering kan worden gebracht op de fictieve erfrechtelijke verkrijgingen als bedoeld in art. 8, 10, 11 en 13. Tot 1 januari 2010 waren deze verminderings ondergebracht bij de afzonderlijke fictiebepalingen. Is een koopsom betaald, dan mag deze, volgens het bepaalde in het derde lid, worden verhoogd met 6% enkelvoudige interest voor elk jaar dat sinds de betaling is verstreken. De vraag is waarom geen rekening wordt gehouden met samengestelde rente. De wetgever motiveert de enkelvoudige rente door te verwijzen naar wat gebruikelijk is in het verkeer tussen fiscus en belastingplichtigen. Hij verwijst naar de heffingsrente en naar de rente over het uitstel van betaling van tien jaar voor de conserverende aanslag in het kader van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de Successiewet. In beide gevallen wordt die rente ook enkelvoudig berekend. Tevens verwijst hij naar art. 4:13 BW dat ook uitgaat van enkelvoudige rente.<sup>63</sup> Maar het gaat in onderhavig geval niet over heffingsrente en invorderingsrente en ook niet over het verkeer tussen fiscus en belastingplichtige. Het gaat over verkeer tussen erflater en zijn (fictieve) verkrijger. En in het maatschappelijke verkeer is het normaal om met samengestelde rente te werken, omdat dat nu eenmaal de opbrengst is die wordt gederfd. Dat de wetgever de heffingsrente enkelvoudig berekent omwille van de eenvoud<sup>64</sup> is zijn goed recht, maar dit mag hij vervolgens niet tot norm verheffen. Sterker nog, met het bepaalde in art. 9 verheft hij in feite samengestelde rente tot norm. Hetzelfde geldt voor de testamentenpraktijk. In het economisch verkeer wordt altijd uitgegaan van samengestelde rente, omdat dat het bedrag is dat wordt gemist.

<sup>63</sup> Kamerstukken II 2008-2009, 31 930, nr. 4, p. 11 en Kamerstukken I 2009-2010, 31 930, D, p. 13. Overigens schrijft hij vervolgens in art. 9 Successiewet voor dat dergelijke rente moet worden omgerekend naar samengestelde interest.

<sup>64</sup> Kamerstukken II 1985-1986, 19 557, nr. 3, p. 12.

## 6 Conclusie

Na de lezing van de staatssecretaris op 20 april 2008 aan de UvT was de verwachting dat de fictiebepalingen grondig zouden worden herzien. Daar is het niet van gekomen. Uit het voorgaande blijkt dat naar mijn mening art. 10 niet meer past binnen het concept van een verkrijgersbelasting. Enige discussie hierover is echter niet gevoerd. De werkingssfeer van dit artikel is zelfs uitgebreid tot alle gevallen waarin de toekomstige erflater eigendomsrechten heeft omgezet in genotsrechten. Deze uitbreiding past overigens wel binnen het (mijns inziens dus onjuiste) uitgangspunt van art. 10, dat zich richt op verkleining van de boedel zonder dat de erflater hiervoor een voelbaar offer brengt. Dat vervolgens de overkill blijft bestaan die ontstaat als niet gedurende de gehele looptijd jaarlijks prompt op de vervaldatum 6% rente wordt vergoed, is dan onbegrijpelijk. Het verschil in behandeling tussen een 'klassieke ik-opa' (lid 1) en een legaat onder opschortende tijdsbepaling (lid 9) is niet gerechtvaardigd. De uitzondering voor overbedelingsvorderingen en legaat-tegen-inbreng-vorderingen is een tegemoetkoming aan de estate-planningspraktijk. Voor het overige is er in essentie niet zoveel veranderd. Er heeft enige herschikking van bepalingen plaatsgevonden en art. 13 is aangepast overeenkomstig het advies van de werkgroep Moltmaker. Voor het overige bestaan de wijzigingen vooral uit aanscherpingen.

# DE VERDELING VAN EEN NALATENSCHAP EN ARTIKEL 10, VIJFDE LID SUCCESSIEWET

prof. mr. I.J.F.A. van Vijfeijken

## 1 Inleiding

In mijn bijdrage 'De fictiebepalingen met ingang van 1 januari 2010', ga ik in paragraaf 2.9 kort in op de uitzondering van art. 10, vijfde lid. In zijn oorspronkelijke vorm had dit lid slechts betrekking op de zgn. quasi-wettelijke verdeling. De vorderingen die ontstaan krachtens een wettelijke verdeling of een ouderlijke boedelverdeling vallen niet onder art. 10 omdat deze verdelingen van rechtswege ontstaan ten gevolge van het overlijden. Er is dan geen sprake van een rechtshandeling tussen de langstlevende en de kinderen, waarbij bedragen (ter grootte van de onderbedeling) worden schuldig erkend onder voorbehoud van een genotsrecht. Dit is anders indien sprake is van een zgn. quasi-wettelijke verdeling. In dat geval wordt bij testament de wettelijke verdeling ongedaan gemaakt, waardoor de langstlevende en de kinderen voor hun erfdeel worden gerechtigd tot de nalatenschap. Aan de langstlevende wordt dan een aantal bevoegdheden toegekend, waaronder het tot stand brengen van een verdeling zoals bij de wettelijke verdeling.

'Indien deze verdeling vervolgens plaatsvindt, wordt daarmee een rechtshandeling verricht als bedoeld in artikel 10. Immers door het uitschakelen van de wettelijke verdeling worden de langstlevende en de kinderen voor hun testamentaire of wettelijke erfdelen gerechtigd tot de nalatenschap. Daarmee bezitten zij in zoverre de onverdeelde eigendom van de goederen die tot de nalatenschap behoren. Indien vervolgens de nalatenschap zo wordt verdeeld dat de langstlevende wordt overbedeeld en hij op de schuld aan de kinderen tijdens zijn leven geen zakelijke rente betaalt, heeft de langstlevende ten koste van zijn vermogen eigendomsrechten omgezet in een genotsrecht en bovendien een rechtshandeling verricht'.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Kamerstukken II 2008-2009, 31 930, nr. 9, p. 35.

Omdat het resultaat van deze verdeling niet afwijkt van de wettelijke verdeling en de quasi-wettelijke verdeling er enkel toe leidt dat de driemaandstermijn van art. 4:18 BW wordt verruimd, was de wetgever van mening dat het onwenselijk zou zijn om deze vorderingen onder het bereik van art. 10 te laten vallen. Daarom werd voorgesteld om in het vijfde lid te bepalen dat de rechtshandeling die de verdeling conform de wettelijke verdeling tot stand brengt, niet als een rechtshandeling als bedoeld in het eerste lid te beschouwen. Uiteindelijk is bij amendement nr. 68 de uitzondering van het vijfde lid uitgebreid tot alle schuldigerkenningen die zijn ontstaan krachtens de verdeling van een nalatenschap.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> De uitzondering van het vijfde lid ziet ook op de verdeling van andere gemeenschappen. Deze blijven in deze bijdrage buiten beschouwing. Zie *Kamerstukken I* 2009-2010, 31 930, D, p. 55.

De vraag dient zich aan wat de reikwijdte is van het vijfde lid. Voor we aan de beantwoording van deze vraag toekomen is het goed stil te staan bij het uitgangspunt van de Successiewet, art. 1, derde lid en de quasi-wettelijke verdeling.

## 2 Erfbelasting wordt geheven naar het moment van overlijden

De belastbare verkrijging voor de Successiewet bestaat uit de 'verkrijging krachtens erfrecht'. In civielrechtelijke zin omvat dit elke verkrijging die haar oorzaak vindt in het erfrecht. De verdeling van een nalatenschap heeft geen invloed op de titel. Ook hetgeen krachtens deze verdeling wordt verkregen, behoudt de titel 'krachtens erfrecht'. Voor de toepassing van de Successiewet vaart de Hoge Raad een beperktere koers. De Successiewet is een tijdstipbelasting en heft naar het tijdstip waarop de erflater overlijdt. Dat ene moment is doorslaggevend voor de bepaling van de omvang van de belastingschuld. Met een verdeling nadien wordt dan ook geen rekening gehouden.<sup>3</sup> In HR 2 januari 1903, PW 9536 besliste de Hoge Raad reeds dat de nagelaten goederen moeten worden aangegeven naar de waarde 'ten dage van de verkrijging'. Aan dit uitgangspunt kan geen uitvoering worden gegeven indien de verdeling invloed op de uiteindelijke verkrijging kan hebben. Dit uitgangspunt is in de jurisprudentie diverse malen bevestigd.<sup>4</sup> Alleen als sprake is van een wettelijke verdeling of ouderlijke boedelverdeling, sluit de heffing aan bij de verdeling, omdat deze verdeling van rechtswege ontstaat ten gevolge van het overlijden. Voor de toepassing van de Successiewet verkrijgt de langstlevende alle goederen

<sup>3</sup> Alhoewel er inmiddels wel enkele uitzonderingen op deze regel zijn opgenomen, zoals bijvoorbeeld in art. 35f Successiewet.

<sup>4</sup> Zie voor een overzicht hiervan *Vakstudie Successiewet*, aant. 2.5 op art. 1.

verminderd met de schulden aan de kinderen. De kinderen verkrijgen voor de toepassing van de Successiewet een vordering op de langstlevende ouder. De waarde van die vordering wordt dan mede bepaald door de rente die hierop wordt vergoed.

Is sprake van een quasi-wettelijke verdeling, dan is de wettelijke verdeling juist uitgesloten. Door het overlijden van de erflater ontstaat een onverdeeldheid. Eerst later vindt de verdeling conform de wettelijke verdeling plaats en ontstaan vorderingen en schulden. Gezien het uitgangspunt van de Successiewet brengt een quasi-wettelijke verdeling mee dat iedere erfgenaam voor zijn aandeel in de nalatenschap in de heffing wordt betrokken. De daaropvolgende verdeling heeft op de verschuldigde erfbelasting geen invloed.<sup>5-6</sup>

Wordt een vordering krachtens erfrecht verkregen, zoals het geval is bij een wettelijke verdeling, dan brengt het voorgaande mee dat de waarde van de vordering wordt bepaald met inachtneming van de rente die geldt op het tijdstip van overlijden. Indien die rente nadien wordt gewijzigd, heeft dit geen invloed op de verschuldigde erfbelasting. Art. 1, derde lid formuleert een uitzondering op deze hoofdregel. Met een rentevaststelling door de erfgenamen onderling wordt rekening gehouden indien is voldaan aan de voorwaarden als vermeld in het derde lid. Dit artikellid heeft op grond van het uitgangspunt dat het moment van overlijden bepalend is, alleen betekenis voor vorderingen die zijn ontstaan krachtens een wettelijke verdeling of een ouderlijke boedelverdeling.<sup>7</sup> In het geval van een quasi-wettelijke verdeling wordt niet toegekomen aan art. 1, derde lid, omdat in dat geval de belastbare verkrijging niet bestaat uit een vordering maar uit een evenredig aandeel in de nalatenschap. De verdeling vindt eerst later plaats. Dan ontstaan ook pas de vorderingen en schulden.

De wetgever heeft niet expliciet aangegeven dat hij met de invoering van art. 1, derde lid of art. 10, vijfde lid het voornoemde uitgangspunt (heffing naar het moment van overlijden) heeft willen loslaten. Daar staat echter tegenover dat hij er in zijn toelichting hier en daar wel van uit lijkt te gaan dat de quasi-wettelijke verdeling ook voor de toepassing van de erfbelasting wordt gevolgd. Zo wordt bijvoorbeeld in de nota van wijziging bij art. 1, derde lid opgemerkt.<sup>8</sup>

'De waardering van vorderingen die voortvloeien uit de verdeling van een nalatenschap overeenkomstig de wettelijke verdeling met daaraan gekoppeld een rente als bedoeld in artikel 13, vierde lid van het Burgerlijk Wetboek, wordt reeds geregeld in thans artikel 21 tiende lid (...).'

De wetgever lijkt in deze passage te refereren aan de quasi-wettelijke verdeling (de nalatenschap wordt immers verdeeld overeenkomstig de wettelijke verdeling). In dat geval kan binnen het uitgangspunt dat de latere verdeling geen invloed heeft, niet worden toegekomen aan art. 21, veertiende lid (tiende lid (oud)). Er wordt immers geen vordering krachtens erfrecht verkregen, maar een aandeel in de nalatenschap. Zoals hierna nog zal blijken lijkt hij er ook voor de reikwijdte van art. 10, vijfde lid Successiewet van uit te gaan dat de quasi-wettelijke verdeling voor de berekening van de verschuldigde erfbelasting wordt gevolgd.

Overigens dient in dat geval de verdeling wel binnen de aangiftetermijn tot stand te zijn gekomen, anders kan immers geen sprake zijn van een rentevaststelling die wordt gevolgd voor de erfbelasting.

### 3 Reikwijdte artikel 10, vijfde lid: vorderingen en rente?

Degene die wordt overbedeeld erkent ter zake van die overbedeling bedragen schuldig aan de mede-erfgenamen. Als de overbedeelde vervolgens niet jaarlijks feitelijk 6% rente vergoedt aan de mede-erfgenamen is aan de voorwaarden van het eerste lid voldaan.<sup>9</sup> Het vijfde lid bewerkstelligt nu dat deze schuldig erkende bedragen niet onder art. 10 vallen voor zover de overbedeling bestaat uit volle eigendom en de nominale waarde van het schuldig erkende bedrag niet groter is dan de waarde van de overbedeling. Is de nominale waarde van het schuldig erkende bedrag groter dan de waarde van de overbedeling, dan is dit meerdere een schenking in de vorm van een schuldigerkenning, waarop bij overlijden van de schuldenaar art. 10 van toepassing is, mits aan de overige voorwaarden is voldaan.<sup>10</sup>

De vraag dient zich aan of ook de bijgeschreven rente onder de uitzondering van het vijfde lid valt. In de toelichting op het amendement waarbij het vijfde lid is ingevoerd is opgemerkt:<sup>11</sup>

<sup>5</sup> De invloed van de verdeling wordt voor de erfbelasting eerst van belang bij het overlijden van de langstlevende. In zijn nalatenschap bevinden zich dan alle goederen en schulden aan de kinderen.

<sup>6</sup> Zie voor een andere opvatting B.M.E.M. Schols, De quasi-wettelijke verdeling als 'Teilungsanordnung', *WPNR* (2004) 6571 en 6572.

<sup>7</sup> Zie *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 930, nr. 9, p. 34 en de toelichting in de nota van wijziging nr. 10, p. 12. Ook ingeval van een legaat tegen inbreng wordt (het recht op) de vordering onmiddellijk verkregen ten gevolge van het overlijden. In de nota van wijziging (p. 12) wordt dan ook opgemerkt: 'Dit betekent dat vorderingen en schulden die zijn ontstaan als gevolg van de wettelijke verdeling, een ouderlijke boedelverdeling en een legaat tegen inbreng van de waarde welke inbreng schuldig wordt gebleven, allen hetzelfde regime ten deel moeten vallen'.

<sup>8</sup> *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 930, nr. 10, p. 13.

<sup>9</sup> Dit is alleen anders als sprake is van een wettelijke verdeling of een ouderlijke boedelverdeling. Deze verdelingen vinden immers van rechtswege plaats. Waar hierna het begrip verdeling wordt gehanteerd worden deze twee verdelingen daarvan uitgesloten, tenzij anders aangegeven.

<sup>10</sup> Zie voor voorbeelden *Kamerstukken II* 2009-2010, 31 930, nr. 68, p. 2 en 3.

<sup>11</sup> *Kamerstukken II* 2009-2010, 31 930, nr. 68, p. 2. Ook in de voorbeelden bij het amendement wordt telkens opgemerkt dat het vijfde lid naast de vordering tevens op de bijgeschreven rente ziet.



'Voor alle duidelijkheid wordt opgemerkt, dat ook de rente die over deze schuld wordt bijgeschreven niet onder artikel 10 wordt gebracht. Wel wordt gewezen op mogelijke toepassing van artikel 9 indien en voor zover over de schuld een rente wordt bijgeschreven die hoger is dan 6% samengesteld.'

De toelichting spreekt in zeer algemene bewoordingen. De rente die wordt bijgeschreven op de onderbedelingsvordering valt eveneens onder de uitzondering van het vijfde lid. Bij een hogere rente dan 6% kan art. 9 van toepassing zijn.

In de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer wordt hier evenwel een nuancering op gebracht.<sup>12</sup>

<sup>12</sup> Kamerstukken I 2009-2010, 31 930, D, p. 11-12.

'Graag wil ik ten aanzien van de vordering duidelijk stellen dat (...) bij de verdeling van een nalatenschap in volle eigendom (...) waarbij een schuldverhouding ontstaat, later artikel 10 geen toepassing vindt. (...) Ten aanzien van de rente op deze vorderingen geldt dat indien de schuldenaar tijdens zijn leven niet jaarlijks 6% rente betaalt, de eventuele toepassing van artikel 10 bij zijn overlijden op deze rentevordering afhangt van het feit of deze rente het gevolg is van een rechtshandeling waarbij de schuldenaar/erflater betrokken was. Dat laatste is niet het geval als de rente is bepaald in het testament van de (...) (eerststervende partner). Dit is in beginsel wel het geval als de kinderen en/of de langstlevende partner de rente hebben vastgesteld. In het systeem van de wet wordt een dergelijke rentevaststelling echter voor de erfbelasting gevolgd, als dit een rentevaststelling betreft als bedoeld in artikel 1, derde lid, van de Successiewet 1956. In een dergelijk geval wordt de rentevaststelling als het ware aan de erflater (in casu de eerststervende partner) toegerekend (zie ook Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, blz. 34). Bij het overlijden van de langstlevende zal op de voet van die gedachte toepassing van artikel 10 op de rente achterwege blijven. Hiermee wordt bewerkstelligd dat in genoemde gevallen geen sprake is van artikel 10, noch ten aanzien van de onderbedelings- of inbrengvordering, noch ten aanzien van de daarop bijgeschreven rente.' (...) Verder wordt nog opgemerkt dat als de rentevaststelling geen rentevaststelling is in de zin van artikel 1, derde lid, van de wet, en de rente niet jaarlijks wordt betaald, artikel 10 bij het overlijden van de langstlevende wel in beeld komt, omdat sprake is van een rechtshandeling waarbij de erflater/schuldenaar partij was en deze rechtshandeling niet kan worden toegerekend aan de eerststervende partner.'

Het citaat roept een tweetal vragen op.

- 1 Vloeit de bijgeschreven rente voort uit het testament van de erflater, dan wordt aangenomen dat deze niet tot stand is gekomen bij een rechtshandeling waarbij de erflater (i.c. de langstlevende) is betrokken. Het moet dan gaan over een quasi-wettelijke verdeling, want bij een echte wettelijke verdeling ontbreekt de rechtshandeling en wordt aan het vijfde lid niet toegekomen. Het lijkt er dus op dat de wetgever de gevolgen van een quasi-wettelijke verdeling op precies dezelfde wijze in de heffing wenst te betrekken al een 'echte' wettelijke verdeling.<sup>13</sup> Dit is uiteraard zeer sympathiek, maar had wel ergens vastgelegd moeten worden. Het wettelijk systeem, zoals beschreven in paragraaf 2 heeft immers als uitgangspunt dat ieder een onverdeeld aandeel in de nalatenschap verkrijgt. Dat met de verdeling, die nadien tot stand komt, rekening wordt gehouden voor de heffing van erfbelasting is nu slechts af te leiden uit de toelichting. En dan moet het ook nog gaan om een quasi-wettelijke verdeling die binnen de aangiftetermijn tot stand komt. De verdeling die nadien plaatsvindt, brengt mee dat ook de rentevaststelling nadien plaatsvindt, waardoor art. 1, derde lid niet meer van toepassing kan zijn.
- 2 Indien twee erfgenamen op eigen initiatief een verdeling tot stand brengen, waarbij de ene erfgenaam (A) de goederen krijgt toegedeeld en de andere erfgenaam (B) genoeg neemt met een rentedragende vordering op A, moet de rente feitelijk jaarlijks worden betaald om te voorkomen dat de rentevordering onder art. 10 valt. De rente wordt immers tussen A en B overeengekomen waardoor A (en B) partij is (zijn) bij de rechtshandeling. Indien die rente vervolgens wordt schuldig gebleven, is aan alle vereisten van het eerste lid van art. 10 voldaan. Met de rente is geen rekening gehouden voor de heffing van de erfbelasting. Beide erfgenamen waren immers voor gelijke delen gerechtigd tot de nalatenschap. Uit bovenstaand citaat zou dan afgeleid moeten worden dat de uitzondering van het vijfde lid hier niet op ziet. Zie echter hierna.

<sup>13</sup> Tenzij moet worden aangenomen dat de wetgever zich niet heeft gerealiseerd dat aan art. 1, derde lid Successiewet in het geheel niet wordt toegekomen in het geval van een quasi-wettelijke verdeling.

Samengevat komt het bovenstaande erop neer dat alleen schuldig gebleven rente die voortvloeit uit het testament of valt onder art. 1, derde lid<sup>14</sup>, niet onder de werking van art. 10 valt. Dat zou althans de bedoeling van de wetgever zijn. De tekst van de wet biedt hiervoor geen houvast.<sup>15</sup> Het lijkt ook niet in overeenstemming met hetgeen later in de nadere memorie van antwoord over deze rente is opgemerkt.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> Waarbij het dus onduidelijk is of dit ook geldt voor vorderingen die zijn ontstaan krachtens een quasi-wettelijke verdeling.

<sup>15</sup> Sterker nog; het vijfde lid zwijgt in alle talen over de rente.

<sup>16</sup> Kamerstukken I 2009-2010, 31 930, F, p. 6.

'Deze uitzondering (van het vijfde lid; lvV) ziet naar de letter van de wet alleen op de onderbedelingsvordering zelf en niet op de bijgeschreven rente. Blijkens de toelichting bij het amendement nr. 68 ziet de bepaling van het vijfde lid evenwel ook op de rente bijgeschreven op de betreffende onderbedelingsvorderingen. Dit geldt uiteraard tot een maximum van 6% samengestelde rente, omdat op het meerdere artikel 9 ziet (...). Hiermee is evenwel niet alles gezegd over rente en onderbedelingsvorderingen in het kader van artikel 10. De rente kan namelijk ook opgeroepen worden door een schenking. Indien deze schenking schuldig wordt gebleven, is artikel 10 in zoverre wel van toepassing. De conclusie is dan ook dat rente op een onderbedelingsvordering valt onder artikel 10, vijfde lid, tenzij de rente haar oorzaak vindt in een schenking.'

Uit deze passage volgt dat bijgeschreven rente, tezamen met de onderbedelingsvordering, onder de uitzondering van het vijfde lid valt, tenzij de rente haar oorzaak vindt in een schenking. Laten we bovenstaande eens bezien aan de hand van een tweetal voorbeelden.

#### Voorbeeld 1

De man overlijdt en laat €600.000 na. In zijn testament heeft hij de wettelijke verdeling uitgesloten en de langstlevende en beide kinderen voor gelijke delen aangewezen als erfgenamen. Op grond van het testament is de langstlevende echtgenoot afwikkelingsbewindvoerder. In zijn testament heeft de erflater vervolgens bepaald dat in geval van overbedeling de langstlevende de overbedelingsschuld mag schuldig blijven tot haar overlijden. Tevens is bepaald dat de schuld een rente draagt van 6% samengesteld, tenzij de erfgenamen anders overeenkomen.

Stel de langstlevende krijgt alle goederen toegedeeld. Zij krijgt dan een schuld aan ieder kind van €200.000. Deze vordering, vermeerderd met de rente valt nu onder de uitzondering van het vijfde lid. Als de langstlevende na 20 jaar overlijdt, heeft ieder kind een vordering ter grootte van circa €640.000 op de langstlevende. Dit bedrag vermindert haar nalatenschap.

Deze uitwerking vloeit voort uit hetgeen is opgemerkt tijdens de hiervoor aangehaalde parlementaire behandeling. Omdat de rente voortvloeit uit het testament van de erflater zou geen sprake zijn van een rechtshandeling waarbij de langstlevende is betrokken en zou daarom art. 10 niet van toepassing zijn op de bijgeschreven rente. Zoals gezegd wordt er hier mijns inziens ten onrechte van uitgegaan dat art. 1, derde lid van toepassing is.

Er is geen sprake van een schenking van rente, dus ook volgens de laatste opmerking bij de nadere memorie van antwoord blijft art. 10 buiten toepassing. Hoe dit binnen de tekst van het vijfde lid past is niet duidelijk. De enige mogelijkheid hiertoe is onder het begrip 'onderbedelingsvordering' tevens te begrijpen de rente die bij de hoofdsom is bijgeschreven. Overigens zie ik dan niet de mogelijkheid om de nuanceringen aan te brengen naar de verschillende soorten rente (art. 1, derde lid of rente ontstaan krachtens schenking) die in de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer zijn aangebracht. De tekst van de wet schiet op dit onderdeel te kort.

#### Voorbeeld 2

Een man overlijdt. Zijn nalatenschap bestaat enkel uit een pand ter waarde van €400.000. Zijn beide kinderen zijn voor gelijke delen erfgenaam. Het pand wordt toegedeeld aan A. B krijgt een vordering op A ter grootte van €200.000.

Betaalt A jaarlijks 6% rente aan B dan is art. 10 niet van toepassing. Noch op de rente, noch op de vordering. Betaalt A minder dan 6% rente, dan zou kunnen worden betoogd dat A deels het genot heeft behouden van het schuldigerkende bedrag, maar op grond van het bepaalde in het vijfde lid valt de vordering niet onder art. 10, omdat deze is ontstaan krachtens verdeling (van een nalatenschap). Betaalt A de rente niet maar schrijft hij deze bij, dan rijst de vraag of art. 10 van toepassing is op deze bijgeschreven rente. De rente wordt noch krachtens erfrecht noch krachtens schenking verkregen. Het gaat om zakelijk handelende erfgenamen, die overeenkomen dat op de onderbedelingsvordering een (zakelijke) samengestelde rente zal worden bijgeschreven. Blijkens hetgeen is opgemerkt in de nadere memorie van antwoord aan de Eerste Kamer is de wetgever van mening dat deze rente ook onder het vijfde lid valt. Maar waarop dit precies is gebaseerd is niet duidelijk. Zoals eerder opgemerkt kan dit resultaat alleen worden bereikt als onder het begrip 'onderbedelingsvordering' tevens wordt verstaan de rente die bij de hoofdsom wordt bijgeschreven. Betoogd zou nu kunnen worden dat sprake is van een beleggingshandeling, waarbij de bijgeschreven rente telkens bij de hoofdsom wordt bijgeschreven en vervolgens tezamen met die hoofdsom rentedragend wordt. De onderbedelingsvordering neemt op die wijze toe met de bijgeschreven rente.<sup>17</sup> Blijkens de hiervoor aangehaalde nadere memorie van antwoord moet die rente dan zo worden geïnterpreteerd dat dit alle rente(bij)schrijving) betreft die anders dan krachtens schenking is ontstaan. Voor deze interpretatie biedt het vijfde lid echter geen enkele ruimte. Hierover gaat de volgende paragraaf.

<sup>17</sup> Ook voor de toepassing van het negende lid wordt ervan uitgegaan dat 'de nominale waarde van die schuld' mede omvat de bijgeschreven rente. Zie *Kamerstukken I 2009-2010*, 31 930, F, p. 7.



#### 4 Hoogte van de rente

De vraag rijst wat de gevolgen voor de Successiewet zijn als een rente wordt betaald of bijgeschreven die meer bedraagt dan 6%. Als het gaat om vorderingen die krachtens erfrecht worden verkregen, laten zich twee mogelijkheden denken. Er is sprake van 'erfrechtelijke' rente als bedoeld in art. 1, derde lid. In dat geval doet art. 9 zijn werk. Wordt meer rente bijgeschreven of betaald dan 6%, dan is het meerdere een fictieve erfrechtelijke verkrijging of schenking. Is geen sprake van rente als bedoeld in art. 1, derde lid, omdat geen vorderingen krachtens erfrecht worden verkregen maar een aandeel in de nalatenschap, dan rijst de vraag welke invloed een hogere rente dan 6% heeft. Onduidelijk is of art. 9 dan ook van toepassing is. De vordering als bedoeld in art. 9 moet zijn ontstaan 'als gevolg van een verkrijging krachtens erfrecht' en dat is ruimer dan de vordering die is ontstaan 'krachtens erfrecht'.

##### Voorbeeld 3

De man overlijdt en laat €600.000 na. In zijn testament heeft hij de wettelijke verdeling uitgesloten en de langstlevende en beide kinderen voor gelijke delen aangewezen als erfgenamen. Op grond van het testament is de langstlevende echtgenoot afwikkelingsbewindvoerder. In zijn testament heeft de erflater vervolgens bepaald dat in geval van overbedeling de langstlevende de overbedelingsschuld mag schuldig blijven tot haar overlijden. Tevens is bepaald dat de schuld een rente draagt van 10% samengesteld.

Stel de langstlevende krijgt alle goederen toegedeeld. Zij krijgt dan een schuld aan ieder kind van €200.000. Als de langstlevende na 20 jaar overlijdt, heeft ieder kind een vordering ter grootte van circa €1.345.400 op de langstlevende.

Ten tijde van het overlijden van de man bedraagt ieders verkrijging €200.000. De langstlevende en de kinderen zijn immers voor gelijke delen erfgenaam.<sup>18</sup> Daarna vindt de verdeling conform de wettelijke verdeling plaats. De bijschrijving van 10% samengestelde rente is geen schenking omdat deze verplichting voortvloeit uit het testament van de man. Voor het bovenmatige deel geldt mijns inziens het volgende: de geldvordering is ontstaan 'als gevolg van een verkrijging krachtens erfrecht' en voldoet daarmee aan de voorwaarde van art. 9, eerste lid. Omdat de rente voortvloeit uit een uiterste wilsbeschikking is tevens het tweede lid van art. 9 van toepassing. Dat betekent dat bij het overlijden van de langstlevende niet meer rente in aftrek komt dan 6% samengesteld. Het meerdere valt onder de werking van art. 9, tweede lid en wordt belast als fictieve erfrechtelijke verkrijging. De 6% samengestelde rente valt niet onder art. 10. Zie hiervoor voorbeeld 1.

Laat het testament de keuze voor de rente aan de erfgenamen en komen zij 10% samengestelde rente overeen, dan geldt hetzelfde als hierna in voorbeeld 4 wordt opgemerkt.

##### Voorbeeld 4

De broers van voorbeeld 2 komen een samengestelde rente van meer dan 6% overeen (in de nadere memorie van antwoord wordt gesproken van 11%). Deze rente wordt rentedragend bijgeschreven.

Als de broers een samengestelde rente van meer dan 6% overeenkomen, is het meerdere een schenking en dat deel van de rentebijbeschrijving valt, aldus de nadere memorie van antwoord, wel onder art. 10. De eerste vraag die opkomt, is of er altijd sprake is van een schenking bij een samengestelde rente van meer dan 6%. De zakelijkheid van de rente hangt mede af van de solvabiliteit van de schuldenaar. Het is dan ook niet ondenkbaar dat onder omstandigheden een zakelijke rente meer dan 6% bedraagt. We kunnen nu twee situaties onderscheiden. In de eerste plaats laat het zich denken dat de hogere rente zakelijk is. Er is dan geen enkele bepaling in de Successiewet die dit bestempelt als een schenking. Art. 9, tweede lid is in dit geval niet van toepassing. Weliswaar is sprake van een geldvordering die is ontstaan 'als gevolg van een verkrijging krachtens erfrecht', maar de hogere rente vloeit niet voort uit een uiterste wilsbeschikking of een rentevaststelling als bedoeld in art. 1, derde lid. De betaling van de rente leidt dan niet tot een fictieve schenking of erfrechtelijke verkrijging in de zin van art. 9. Art. 10 Successiewet is evenmin van toepassing. Zoals hiervoor reeds opgemerkt kan bijgeschreven rente alleen onder het vijfde lid worden gebracht als wordt aangenomen dat de bijgeschreven rente deel gaat uitmaken van de onderbedelingsvordering. Een onderscheid naar hoogte van de bijgeschreven rente is tekstueel niet te verdedigen.

<sup>18</sup> Zoals hiervoor al betoogd komt mijns inziens geen betekenis toe aan de rente, omdat voor de toepassing van de Successiewet de langstlevende en de beide kinderen ieder een evenredig aandeel in de nalatenschap verkrijgen. De verdeling die later tot stand komt, heeft geen invloed op de omvang van de verkrijging.

Is de overeengekomen rente onzakelijk hoog, dan kan het bovenmatige deel als een schenking worden aangemerkt. Voor dit deel zou dan kunnen worden verdedigd dat dit feitelijk geen vergoeding voor het schuldig blijven van de hoofdsom is. De rentevaststelling wordt dan gesplitst in twee overeenkomsten. Eén waarin een (zakelijke) vergoeding voor de overbedelingsvordering wordt overeengekomen en één (voor het bovenmatige deel) waarin jaarlijks rente wordt geschonken. Als die wordt schuldig gebleven valt die rente onder het eerste lid van art. 10.

## 5 Conclusie

Op grond van de tekst van het vijfde lid worden schuldigerkende overbedelingsschulden uitgezonderd van de werking van het eerste lid. Blijkens de toelichting op het amendement waarbij het vijfde lid is ingevoerd en blijkens de memorie van antwoord en de nadere memorie van antwoord aan de Eerste Kamer geldt de uitzondering van het vijfde lid eveneens voor de rentebijbeschrijving, mits deze rentebijbeschrijving niet meer bedraagt dan 6% samengesteld en deze rentevaststelling tevens niet als een schenking is aangemerkt. Deze bedoeling blijkt echter op geen enkele wijze uit de tekst van het vijfde lid van art. 10. De vraag dient zich dan aan waarom de bijgeschreven rente ook onder het vijfde lid valt en vervolgens dient zich de vraag aan waarom de ene soort bijgeschreven rente dan wel en de andere niet.

De bedoeling van het vijfde lid, om (onder andere) ook vorderingen die zijn ontstaan naar aanleiding van een quasi-wettelijke verdeling op gelijke wijze te behandelen als vorderingen die zijn ontstaan uit een 'echte' wettelijke verdeling, lijkt ertoe te leiden dat ook art. 1, derde lid Successiewet op quasi-wettelijke-verdelingsvorderingen van toepassing wordt geacht te zijn. Waar de wetgever dit op baseert blijft onduidelijk.

Het vijfde lid van art. 10 bepaalt dat de verdelingsvorderingen niet onder het eerste lid vallen. Niet meer en niet minder. De situaties uit de toelichting met betrekking tot rentebijbeschrijvingen zijn ingegeven door wenselijk recht, maar zijn niet gebaseerd op het positieve recht. De rechtsonzekerheid die dit met zich meebrengt dient te worden opgeheven. Het vijfde lid verdient daarom dringend aanpassing.

# EEN DRIETAL NIEUWE RENTEBEPALINGEN IN DE SUCCESSIEWET 1956

mr. T.N. Peters van Neijenhof

## 1 Inleiding

In de 'nieuwe' Successiewet speelt de hoogte van de rentevergoeding op vorderingen een belangrijke rol. Dit is onder andere terug te vinden in de artt. 9, 10 en 15 Successiewet. In de bijdrage van I.J.F.A. van Vijfeijken, De verdeling van een nalatenschap en artikel 10, vijfde lid Successiewet, is ingegaan op de renteproblematiek die speelt bij art. 10 Successiewet. In deze bijdrage ga ik nader in op de werking van de nieuwe rentebepalingen van art. 9 en 15 Successiewet. Voor ik hiertoe toe over ga, bespreek ik echter eerst de nieuwe regeling van art. 1, derde en vierde lid Successiewet. Ook deze regeling heeft betrekking op (de hoogte van een) rente. Het regelt namelijk de gevolgen van renteovereenkomsten die door erfgenamen zelf worden gemaakt met betrekking tot overbedelings/inbrengvorderingen.

## 2 Renteovereenkomsten door erfgenamen

### 2.1 Renteovereenkomsten algemeen

De successierechtelijke waarde van een vordering die ontstaat als gevolg van een wettelijke verdeling/ouderlijke boedelverdeling of een legaat tegen inbreng van de waarde, wordt beïnvloed door de hoogte van de rente die de langstlevende moet vergoeden. De Hoge Raad besliste op 11 juli 1989<sup>1</sup> dat wanneer de langstlevende een lagere rente vergoedt dan 6% samengesteld, de langstlevende het fictief vruchtgebruik heeft van deze vordering. Is een enkelvoudige rente verschuldigd, dan moet dit percentage op basis van dit arrest worden herleid tot een percentage van een samengestelde rente om te bezien of er sprake is van een fictief vruchtgebruik.

<sup>1</sup> BNB 1989/260.

Door het spelen met de rente kan derhalve de successierechtelijke verkrijging van de langstlevende worden vergroot of, indien wenselijk, worden verkleind. Hierdoor kan ook met de verschuldigde erfbelasting worden 'gespeeld'. Wordt de vrijstelling van de langstlevende (nog) niet volledig benut, dan kan de rente worden verlaagd waardoor de successierechtelijke verkrijging van de langstlevende wordt vergroot.

Omdat op het moment van het opstellen van een testament (vaak) nog niet is te voorzien wat de meest 'ideale' rente is, is in de praktijk de flexibele rentebepaling ontstaan. In het testament wordt een bepaald rentepercentage opgenomen, maar de erfgenamen krijgen door middel van de zogenoemde 'tenzij-clausule' uitdrukkelijk de mogelijkheid toegekend om in onderling overleg van dit rentepercentage af te wijken.

### 2.2 Gevolgen oude wetgeving

Onder de oude wetgeving was het niet altijd even duidelijk wat de gevolgen waren voor het successie- en schenkingsrecht wanneer erfgenamen gezamenlijk besloten van de testamentair bepaalde rente af te wijken. Het oude art. 1, tweede lid Successiewet bepaalde met betrekking tot de wettelijke verdeling dat binnen de aangiftetermijn gemaakte renteafspraken als bedoeld in art. 4:13, vierde lid voor het successierecht werden gevolgd. Met andere woorden: dergelijke renteafspraak werd aangemerkt als een erfrechtelijke verkrijging.

Maar wat is een renteafspraak als bedoeld in art. 4:1, vierde lid 4 BW? Is daarvan ook sprake bij een wettelijke verdeling waarbij de erflater heeft bepaald dat de vorderingen 6% samengestelde rente bedragen, maar de erfgenamen hiervan kunnen afwijken?

Daarnaast was ook het vijfde lid van art. 1 Successiewet niet duidelijk. Dit artikellid bepaalde dat het tweede lid ook van toepassing was bij uiterste wilsbeschikkingen die inhoudelijk overeenkomen met een wettelijke verdeling. Maar wat is inhoudelijk overeenkomen? Kortom de oude wetgeving was niet duidelijk en nadere regelgeving over deze problematiek was dan ook zeer welkom.

### 2.3 Nieuwe wetgeving

In het nieuwe art. 1, derde lid Successiewet wordt op een duidelijke manier aangegeven onder welke voorwaarde een renteafspraak als erfrechtelijke verkrijging wordt aangemerkt.

Allereerst moeten de erfgenamen op basis van het testament (tenzij-clausule) of op grond van art. 4:13, vierde lid BW bevoegd zijn om een dergelijke renteovereenkomst te sluiten. Hierbij heeft de staatssecretaris uitdrukkelijk aangegeven dat het niet uitmaakt of de bevoegdheid alleen aan de langstlevende of aan de erfgenamen gezamenlijk is gegeven of op welke wijze de vordering is ontstaan, mits deze maar krachtens erfrecht is ontstaan.<sup>2</sup> Dit betekent dat vorderingen en schulden die zijn ontstaan als gevolg van de wettelijke verdeling, een ouderlijke boedelverdeling en een legaat tegen inbreng van de waarde welke inbreng schuldig wordt gebleven, in dit kader op dezelfde manier worden behandeld.

Een tweede vereiste is dat de renteafspraak moet zijn gemaakt binnen de aangiftetermijn van art. 45 Successiewet. Dat wil zeggen: binnen acht maanden verlengd met eventueel verleend uitstel. Dit vereiste is als praktische reden opgenomen. Door aan te sluiten bij de aangiftetermijn kan namelijk bij het vaststellen van de aanslagen direct met de renteafspraak rekening worden gehouden. Hiermee wordt voorkomen dat bij latere renteafspraken op de opgelegde aanslagen moet worden teruggekomen.<sup>3</sup>

Het lijkt mij dat de wetgever hier twee duidelijke eisen heeft neergelegd. Een rentevaststelling wordt gevolgd wanneer de erfgenamen hier op basis art. 4:13, vierde lid BW toe bevoegd zijn of wanneer het testament die bevoegdheid verleend en deze rentevaststelling wordt gedaan binnen de aangiftetermijn (acht maanden + eventueel verleend uitstel). Dit betekent dat als aan deze voorwaarden is voldaan, zowel bij het overlijden van de erflater als bij het overlijden van de langstlevende wordt gerekend met de door erfgenamen in onderling overleg vastgestelde rente.

### 2.4 Gevolgen indien de renteovereenkomst niet wordt gevolgd voor de erfbelasting

Wanneer niet aan de eisen als vermeld in paragraaf 2.3 wordt voldaan, heeft dit een drietal gevolgen.

#### 1 *Bij eerste overlijden wordt met de renteovereenkomst geen rekening gehouden*

Allereerst wordt met de renteovereenkomst geen rekening gehouden bij de berekening van de verschuldigde erfbelasting bij het eerste overlijden. Bij deze berekening wordt namelijk uitgegaan van de in het testament (dan wel wet) bepaalde rente.

#### 2 *Fictieve schenking*

Daarnaast wordt de rentevaststelling gezien als een fictieve schenking (art. 1, vierde lid Successiewet). Wanneer de testamentaire rente wordt verlaagd is er sprake van een schenking van de kinderen aan de langstlevende, wordt de testamentaire rente verhoogd, dan is dit een schenking van de langstlevende aan de kinderen.

Omdat het voordeel uit de renteovereenkomst op grond van art. 1, vierde lid Successiewet als een fictieve schenking wordt aangemerkt, is het niet relevant wie de rente vaststelt.

Wanneer een testament bijvoorbeeld uitdrukkelijk alleen aan de langstlevende de bevoegdheid geeft om van de testamentair bepaalde rente af te wijken en de langstlevende maakt van deze bevoegdheid gebruik door de rente te verlagen naar 4%, dan bevoordeelt zij zichzelf. Dit is uiteraard civielrechtelijk geen schenking. Op grond van art. 1, vierde lid Successiewet is dit echter wel een met schenkbelasting te belasten schenking door de kinderen aan de langstlevende indien deze vaststelling buiten de aangiftetermijn heeft plaatsgevonden.

#### 3 *Toepassing art. 10 Successiewet*

Bij overlijden van de langstlevende mag in eerste instantie de gehele renteschuld in aftrek worden gebracht. De staatssecretaris heeft aangegeven dat art. 10 Successiewet bij het sluiten van een renteovereenkomst een rol kan spelen, wanneer niet aan de voorwaarden van art. 1, derde lid Successiewet wordt voldaan. Hierdoor kan het zijn dat een deel van de rente als fictieve verkrijging op grond van art. 10 Successiewet wordt aangemerkt.

Per saldo komt dan niet de gehele renteschuld in aftrek.

Naar mijn mening kan alleen maar sprake zijn van toepassing van art. 10 Successiewet in de situatie dat de rente wordt verhoogd en niet wanneer de rente wordt verlaagd. Alleen in de situatie van verhoging is namelijk sprake van het omzetten van eigendomsrechten in genotsrechten. Wanneer de rente wordt verhoogd, doet de langstlevende feitelijk een schenking aan de kinderen. Wanneer de langstlevende deze rente schuldig blijft, houdt zij het genot over het geschonkene waardoor art. 10 Successiewet bij het overlijden van de langstlevende van toepassing is. Wanneer de rente wordt verlaagd, is er sprake van een schenking van de kinderen aan de langstlevende (waardoor haar 'genot' zelfs kleiner wordt).

<sup>2</sup> Kamerstukken II 2008-2009, 31 930, nr. 10 p. 12.

<sup>3</sup> Kamerstukken II 2008-2009, 31 930, nr. 10 p. 12.

In die situatie komt men naar mijn mening bij overlijden van de langstlevende niet aan de toepassing van art. 10 Successiewet toe.

Indien de rente in onderling overleg wordt verhoogd en deze verhoging niet wordt gevolgd voor de erfbelasting is art. 10 Successiewet alleen van toepassing op deze verhoging. Alleen voor dat deel heeft de langstlevende eigendomsrechten omgezet in genotsrecht. De toepassing van art. 10 Successiewet strekt zich in zo een geval dus niet uit tot de overbedelingsvordering/inbrengschuld zelf. De schenkbelasting die terzake van die verhoging is geheven mag op grond van art. 7 Successiewet op de verschuldigde erfbelasting in mindering worden gebracht.

#### Voorbeeld 1<sup>4</sup>

A en B zijn gehuwd en hebben één kind, C. A heeft een testament met een ouderlijke boedelverdeling op grond waarvan alle goederen van zijn nalatenschap naar B gaan en C een onderbedelingsvordering krijgt op B. Indien A in zijn testament een rente had vastgesteld van 2% samengesteld zonder bevoegdheid voor de erfgenamen daarvan af te wijken en B en C spreken 6% samengesteld af, dan wordt voor de berekening van de verschuldigde erfbelasting bij het overlijden van A rekening gehouden met 2% samengestelde rente. De hogere rente vormt een schenking door B aan C op grond van art. 1, eerste lid, sub 2 Successiewet. Alle rente wordt bijgeschreven. Bij het overlijden van B is art. 10 dan niet van toepassing op de testamentaire rente van 2%. Het restant van de rente (4% over de hoofdsom gedurende het aantal verstreken jaren) betreft een schuldig gebleven schenking van B aan C waarop art. 10 wel van toepassing is. Die situatie verschilt immers niet van iedere andere schuldig gebleven schenking, waarbij niet jaarlijks 6% wordt betaald. De ter zake van de schenking eerder in rekening gebrachte schenkbelasting, vermeerderd met een enkelvoudige rente van 6%, kan op grond van art. 7 Successiewet worden verrekend met de verschuldigde erfbelasting.

<sup>4</sup> Ontleend aan *Kamerstukken I* 2009-2010, 31 930, F, p. 6 en 7.

### 3 Artikel 9 SW bovenmatige rente

#### 3.1 Algemeen

De bepalingen van het oude art. 9 Successiewet zijn overgebracht naar de nieuwe artt. 7, 8 en 11 Successiewet. Het nieuwe art. 9 regelt de zogenaamde 'bovenmatige' rente. Het was de staatssecretaris een doorn in het oog dat een hoge rente op onderbedelingsvorderingen werd ingezet als instrument om de nalatenschap van de langstlevende op papier uit te hollen. Een samengestelde rente van maximaal 6% is in zijn ogen acceptabel. Bij een rente tot 6% samengesteld staat de rentebijbeschrijving tegenover het gemis aan genot voor de kinderen van de onderbedelingsvordering gedurende het leven van de langstlevende. Voor hogere rentepercentages geldt dit volgens de staatssecretaris echter niet.<sup>5</sup> Van een bovenmatige rente is derhalve sprake indien en voor zover de rente meer bedraagt dan 6% samengesteld.

<sup>5</sup> *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 930, nr. 10, p.14.

#### 3.2 Gevolgen toepassing artikel 9 SW

**3.2.1 Bij overlijden erflater** Als een testamentaire rente meer bedraagt dan 6%, wordt voor de waardering van de vordering op het moment van overlijden van de eerststervende geen rekening gehouden met de bovenmatige rente. De vorderingen worden gewaardeerd op de nominale waarde (als ware een rente verschuldigd van 6%).

**3.2.2 Bij overlijden langstlevende** Bij het overlijden van de langstlevende worden de vordering en de rente opeisbaar. Deze behoren, inclusief de bovenmatige rente, tot de schulden van de nalatenschap. De nalatenschap wordt derhalve bepaald met inachtneming van de gehele renteschuld. Het bovenmatige deel van de rente (de bovenmatige rente) wordt vervolgens op grond van art. 9, tweede lid Successiewet als fictieve verkrijging aangemerkt. Door deze fictieve verkrijging is per saldo dus een even grote schuld aftrekbaar als wanneer op de vordering 6% samengestelde rente zou zijn bijgeschreven.

#### Voorbeeld 2<sup>6</sup>

Hoewel de wettelijke verdeling geldt, heeft de man in zijn testament bepaald dat op de onderbedelingsvordering een rente verschuldigd is van 10% samengesteld. De onderbedelingsvordering van het kind wordt gewaardeerd op de nominale waarde van €300.000. Met de bovenmatige rente van 4% wordt bij het zogenoemde eerste overlijden (in dit geval van de man) derhalve niets gedaan (art. 9, eerste lid, onderdeel a). Als de langstlevende echtgenoot vervolgens na 8 jaar overlijdt, bedraagt de renteaangroei bij een rente van 10% ongeveer €350.000; bij een rente van 6% zou dit ongeveer €180.000 zijn. Bij een verder gelijkblijvend vermogen van de langstlevende bedraagt haar nalatenschap civielrechtelijk €550.000, zijnde

<sup>6</sup> Ontleend aan *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 930, nr. 10, p.16.

€1.200.000 (alle goederen) – €300.000 (de nominale schuld aan het kind) – €350.000 (de rente over de nominale schuld aan het kind). Het kind verkrijgt als enig erfgenaam deze €550.000.

Fiscaal wordt daarnaast het bovenmatige deel van de rente van €350.000 – €180.000 of €170.000 bij het kind op grond van de fictie van art. 9 belast. De totale verkrijging van het kind bedraagt voor de erfbelasting dus €550.000 + €170.000 = €720.000. Dit is eenzelfde belaste verkrijging als in het geval de rente op de schuld 6% samengesteld zou hebben bedragen. Dan bedraagt de nalatenschap waarin het kind enig erfgenaam is immers €1.200.000 (alle goederen) – €300.000 (nominale schuld aan het kind) – €180.000 (rente à 6% over de nominale schuld) = €720.000.

7 Kamerstukken II 2008-2009, 31 930, nr. 16.

In eerste instantie leken de gevolgen van art. 9 Successiewet niet zo groot voor de praktijk. Een samengestelde rente van meer dan 6% ben ik althans in de praktijk niet vaak tegen gekomen. Bij tweede nota van wijziging is de reikwijdte van dit artikel echter aanzienlijk uitgebreid.<sup>7</sup> Art. 9, tweede lid Successiewet is namelijk ook van toepassing op enkelvoudige rente die herrekend naar een samengestelde rente *op het moment van overlijden van de langstlevende* meer bedraagt dan 6%. Met andere woorden: een enkelvoudige rente die, rekening houdend met de sterfte- en levenskansen van de langstlevende, neerkomt op 6% samengesteld en derhalve in eerste instantie (lees: op het moment van het overlijden van de eerststervende) niet bovenmatig is, kan uiteindelijk bij overlijden van de langstlevende toch onder het toepassingsbereik van art. 9 Successiewet vallen. Hiervan is sprake wanneer de langstlevende eerder komt te overlijden dan de zijn toegemeten statistische levensverwachting.

Op het moment van overlijden van de langstlevende moet namelijk worden bekeken wat de renteschuld zou zijn geweest wanneer een samengestelde rente van 6% zou zijn gehanteerd. Vervolgens moet worden gezien hoeveel rente daadwerkelijk (enkelvoudige) is bijgeschreven. Wanneer deze laatste rente meer bedraagt dan de rente op basis van de eerste berekening, wordt het verschil als bovenmatige rente in de zin van art. 9, tweede lid Successiewet aangemerkt. Leidt de laatste berekening tot een lager bedrag, dan kan slechts dit lagere bedrag in aanmerking worden genomen.

8 Ontleend aan Kamerstukken II 2009-2010, 31 930, nr. 16, p.8.

#### Voorbeeld 3<sup>8</sup>

Een man en een vrouw zijn met elkaar getrouwd en hebben twee kinderen. De man overlijdt, zijn nalatenschap bedraagt €900.000. De wettelijke verdeling is van toepassing. In het testament is opgenomen dat de langstlevende echtgenoot over de overbedelingschuld een enkelvoudige rente is verschuldigd die gelijk is aan 6% samengesteld, rekening houdende met haar statistische levensverwachting. Deze rente is, net zoals de vordering, pas opeisbaar bij het overlijden van de langstlevende ouder. Ten tijde van het overlijden van de man is de statistische levensverwachting van de vrouw 40 jaar. De enkelvoudige rente die hoort bij een samengestelde rente van 6% is dan 23,2%.

Bij het overlijden van de man wordt de onderbedelingsvordering van ieder van de kinderen op de nominale waarde gewaardeerd (€300.000) aangezien de enkelvoudige interest van 23,2% gelijk is aan 6% samengesteld. Wanneer de vrouw tien jaar na haar man overlijdt, bedraagt de rentelast op de overbedelingschuld in het passief van haar nalatenschap  $2 \times €300.000 \times 10 \text{ jaar} \times 23,2\% = €1.392.000$ . Bij een rente van 6% samengesteld zou de renteschuld na tien jaar afgerond €474.000 hebben bedragen. Op grond van art. 9, tweede lid leidt dit tot een fictieve verkrijging bij het overlijden van de vrouw van de bovenmatige rente. Deze bovenmatige rente bedraagt per kind €459.000 (de helft van €1.392.000 – €474.000). Deze fictieve verkrijging wordt gevoegd bij de werkelijke verkrijging uit de nalatenschap van moeder. Daardoor wordt de grondslag voor de erfbelasting gelijk aan de grondslag die zou zijn ontstaan indien in het testament van de man had gestaan dat de rente op de onderbedelingsvorderingen 6% samengesteld bedraagt. Indien tijdens leven de enkelvoudige rente wordt betaald, vindt een soortgelijke herrekening plaats. Stel dat de vrouw in jaar 1 de enkelvoudige termijn aan rente van dat jaar ad €69.600 (23,2% van €300.000) betaalt, dan vindt er een fictieve schenking plaats van €69.600 – €18.000 (6% van €300.000) = €51.600.

**3.3.3 Aflossing van de rente tijdens leven** Zoals uit het voorgaande voorbeeld blijkt is art. 9, tweede lid Successiewet ook van toepassing wanneer de langstlevende de rente eerder - tijdens leven - aflost (tenzij er sprake is van uitoefenen van een wilsrecht). Behalve de hierboven geschetste problematiek is hier ook nog een aantal andere punten van belang. Wanneer de bijgeschreven rente namelijk tijdens leven afgelost wordt, maar deze pas bij overlijden opeisbaar zou worden, kan dit tot een schenking leiden. Hieraan kan naar mijn mening alleen worden ontkomen, door de bijgeschreven rente die eerder wordt afgelost contant te maken. Daarnaast is het van belang te realiseren dat wanneer niet de gehele renteschuld wordt

afgelost, het volgens de staatssecretaris niet mogelijk is daarbij te bepalen dat de af te lossen rente alleen ziet op de normale niet-bovenmatige rente. De renteaflissing zal in een dergelijk geval evenredig worden toegerekend aan het bovenmatige en aan het niet-bovenmatige deel.<sup>9</sup>

<sup>9</sup> *Kamerstukken II* 2009-2010, 31 930, nr. 16, p. 7.

## 4 Artikel 15 SW: direct opeisbare renteloze leningen

### 4.1 Algemeen

Het oude art. 15 Successiewet regelde een fictieve verkrijging krachtens successierecht en een beperking van aftrek van schulden voor het recht van overgang. Als gevolg van de afschaffing van het recht van overgang is art. 15 Successiewet in zijn oude vorm komen te vervallen. Het nieuwe art. 15 Successiewet ziet op de direct opeisbare renteloze of laagrentende vordering.

### 4.2 Direct opeisbare lening

**4.2.1 Algemeen** Het voordeel dat de schuldenaar heeft als gevolg van de niet bedongen rente, dan wel het voordeel bij een te laag bedongen rente werd op grond van jurisprudentie tot 1 januari 2010 niet gezien als een met schenkingsrecht te belasten voordeel, wanneer de lening feitelijk en juridisch direct opeisbaar was.<sup>10</sup> Door de invoering van het nieuwe art. 15 Successiewet wordt dit voordeel met ingang van 1 januari 2010 met schenkbelasting belast. Art. 15 Successiewet bepaalt namelijk dat bij een geldlening die geen of een te lage (minder dan 6%) rente draagt en die feitelijk en/of juridisch direct opeisbaar is *of dat op enig moment wordt*, de schuldenaar geacht wordt het vruchtgebruik te hebben gekregen. Het voordeel dat de vruchtgebruiker op jaarbasis geniet, is gelijk aan het verschil tussen 6% en de verschuldigde rente maal de waarde van de vordering.

<sup>10</sup> HR 26 februari 1986, *BNB* 1986/162.

De invoering van art. 15 Successiewet is een begrijpelijke keuze van de wetgever. Bij een direct opeisbare renteloze lening heeft de schuldenaar immers een voordeel. Omdat dit voordeel civielrechtelijk niet als een schenking kan worden beschouwd, kon het onder het oude recht niet met schenkingsrecht worden belast. Door het opnemen van de onderhavige fictiebepaling is dit nu wel mogelijk.

**4.2.2 Alleen van toepassing tussen natuurlijke personen** In eerste instantie leek het erop dat art. 15 Successiewet van toepassing zou zijn op alle renteloze, direct opeisbare geldleningen. Dus ook op dergelijke leningen tussen bijvoorbeeld twee vennootschappen. Door de latere toevoeging van het tweede lid is de reikwijdte van art. 15 Successiewet echter beperkt tot een geldlening tussen natuurlijke personen (niet handelend in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf).

**4.2.3 Alleen van toepassing op direct opeisbare leningen** Art. 15 Successiewet is alleen van toepassing op *direct opeisbare* leningen. Het zou mijns inziens logisch zijn dat de staatssecretaris in dit kader zou aangeven wat 'direct opeisbaar' is. In de nota naar aanleiding van het nader verslag heeft de staatssecretaris aangegeven dat onder direct opeisbaarheid moet worden verstaan iedere lening die rechtens of feitelijk, direct of indirect opeisbaar is met een termijn van korter dan één jaar.<sup>11</sup> Deze omschrijving zou in de tweede nota van wijziging worden opgenomen. Helaas is dit echter niet gebeurd. In de toelichting bij de tweede nota van wijziging geeft hij daarentegen een voorbeeld met een opeisbaarheidstermijn van 10 maanden, waarbij art. 15 Successiewet niet van toepassing is.<sup>12</sup> In diezelfde toelichting geeft hij aan dat een contractuele opzeggingstermijn van 2 à 3 maanden de lening niet het karakter ontnemt van direct opeisbaar te zijn. Hij lijkt hiermee aan te sluiten bij de definitie van direct opeisbaar zoals die door de Hoge Raad is gehanteerd.

<sup>11</sup> *Kamerstukken II* 2009-2010, 31 930, nr. 13 p. 23.

<sup>12</sup> *Kamerstukken II* 2009-2010, 31 930, nr. 16 p. 10.

**4.2.4 Niet direct-opeisbaar** De fictiebepaling is dus niet van toepassing op renteloze leningen die niet direct opeisbaar zijn. Dit betekent echter niet dat het voordeel dat de schuldenaar in die situatie geniet, niet met schenkbelasting wordt belast. Voor deze situatie is echter geen fictiebepaling nodig en gelden de normale regels van art. 1 Successiewet. Dit betekent dat de normrente hier niet zonder meer 6% is, maar moet worden uitgegaan van de marktrente. Indien ouders geld uitlenen aan een kind en daarvoor een zakelijke rente van bijvoorbeeld 4,5% bedingen, is geen sprake van een verarming of verrijking en derhalve geen sprake van een gift.<sup>13</sup> Bedingen de ouders geen of een te lage rente dan is wel sprake van een gift. De schuldeiser verarmt door het ontbreken van een zakelijke rente over de looptijd van de lening. De schuldenaar verrijkt. Indien we tevens een bevoordelingsbedoeling aannemen, is aan alle eisen voor een gift voldaan. Voor de toepassing van de Successiewet heeft de Hoge Raad in HR 20 mei 1981, *BNB* 1981/198 beslist dat in dat geval sprake is van de schenking van een vrucht-

<sup>13</sup> In deze zin ook de staatssecretaris in *Kamerstukken II* 2009-2010, 31 930, nr. 13 p. 23.



gebruik. Schenkbelasting is dan verschuldigd over het gekapitaliseerde verschil van 6% en de bedongen rente. Is de lening niet direct opeisbaar is, maar is de looptijd korter dan een jaar, dan is de gift gelijk aan het verschil tussen de nominale waarde en de contante waarde van de lening (en dus gelijk aan de marktrente), aldus de Hoge Raad in HR 25 juni 1986, BNB 1986/289.

Om een schenking in één keer te voorkomen wordt in de praktijk echter vaak gebruik gemaakt van een 'flexibele' rente. In de overeenkomst van (de niet direct opeisbare) geldlening wordt bepaald dat de rente jaarlijks (aan het eind van het jaar) door de schuldeiser wordt vastgesteld. Wanneer deze rente vervolgens in een jaar wordt vastgesteld op nihil dan wel op een lage niet-zakelijke rente, wordt 'slechts' het in dat jaar genoten voordeel in de heffing betrokken.<sup>14</sup> Het voordeel moet naar mijn mening worden gesteld op het verschil tussen de voor dat jaar geldende marktrente en de voor dat jaar bedongen rente.

<sup>14</sup> Wanneer echter op voorhand duidelijk is dat er nooit een normale rente zal worden vastgesteld, zou de fiscus wellicht kunnen stellen dat wel een schenking in één keer heeft plaatsgevonden en wordt geacht het genotsrecht van het geleende bedrag te zijn geschonken.

<sup>15</sup> *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 930, nr. 10.

**4.2.5 Ook van toepassing wanneer de lening in een later stadium direct opeisbaar wordt** Het toepassingsbereik van art. 15 Successiewet is bij de eerste nota van wijziging beperkt (alleen nog maar voor natuurlijke personen) maar ook uitgebreid.<sup>15</sup> De fictiebepaling is namelijk ook van toepassing op leningen die in eerste instantie (lees: bij het verstrekken) niet direct opeisbaar zijn, maar dit wel op enig moment zijn geworden. Uiteraard wel pas vanaf het moment van het direct opeisbaar worden.

#### Voorbeeld 4

Vader leent op 1 januari 2010 aan zijn zoon € 100.000 welk bedrag opeisbaar is op 31 december 2015. Wanneer vader op 31 december 2015 de lening niet daadwerkelijk opeist, is de lening op dat moment direct opeisbaar geworden. Vanaf dat moment wordt de zoon geacht het vruchtgebruik van dag tot dag te hebben verkregen. Wanneer de lening alsnog wordt opgeëist op 4 januari 2016, heeft de zoon dus vier dagen het vruchtgebruik van de lening gehad.

## 5 Conclusie

Vanaf 1 januari 2010 speelt de hoogte van de rente een nog grotere rol dan onder de oude regeling. Een serie nieuwe artikelen die betrekking hebben op de hoogte van de (verschuldigde) rente zijn nieuw ingevoerd. De kwesties omtrent de renteovereenkomsten en de hoogte van de rente zijn adequaat opgelost. Met betrekking tot de direct opeisbare lening heeft reparatiewetgeving plaatsgevonden. Het maakt echter verschil voor de omvang van de schenking of een laagrentende of renteloze lening direct opeisbaar is, een looptijd heeft van 1 jaar of korter of een looptijd heeft van langer dan een jaar. De vraag dient zich aan of dit niet beter gestroomlijnd had moeten worden.

# DE GEVOLGEN VAN SCHENKINGEN ONDER VOORWAARDEN ONDER DE NIEUWE SUCCESSIEWET

mr. T.N. Peters van Neijenhof

## 1 Inleiding

Vanaf 1 januari 2010 zijn de gevolgen voor schenkingen onder voorwaarden aanzienlijk gewijzigd. Dit geldt zowel voor schenkingen onder opschortende voorwaarde als voor schenkingen onder ontbindende voorwaarde. In deze bijdrage ga ik nader in op deze wijzigingen. In dit kader bespreek ik tevens kort de nieuwe wettelijke 30-dagen clause, die in hetzelfde art. 53 SW is opgenomen als de regeling voor ontbindende voorwaarde.

## 2 Schenking onder opschortende voorwaarde

### 2.1 Regeling tot 1 januari 2010

Tot 1 januari 2010 werd voor de totstandkoming van een schenking onder opschortende voorwaarde aangeknoopt bij het civiele recht. Dit betekende dat zowel civielrechtelijk als fiscaalrechtelijk de schenking onder opschortende voorwaarde tot stand kwam op het moment dat de overeenkomst wordt gesloten.<sup>1</sup> Slechts voor de toepassing van art. 46 Successiewet (oud) (aangiftetermijn) werd de schenking onder opschortende voorwaarde geacht pas tot stand te zijn gekomen op het moment waarop de voorwaarde was vervuld. Hierdoor sloot onder het 'oude' recht alleen het heffingsmoment voor het schenkingsrecht aan bij het intreden van de voorwaarde. Voor het bepalen van de grondslagen voor de (objectieve en subjectieve) belastingplicht werd aangesloten bij het moment van de totstandkoming van de schenking.

<sup>1</sup> HR 30 maart 2007, *BNB* 2007/181.

De huidige regeling werd door de staatssecretaris als onbevredigend ervaren.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 930, nr. 3 p. 27.

'Onder het huidige recht kan het geval zich voordoen dat de voorwaarde wordt vervuld, en zich dus een belastbaar feit voordoet, terwijl de schenker reeds meer dan tien jaar uit Nederland is vertrokken. Omgekeerd kan het ook zo zijn dat de schenker ten tijde van het aangaan van de schenkingsovereenkomst voor de Successiewet 1956 in het buitenland woonde, maar ten tijde van het in vervulling gaan van de voorwaarde in Nederland woonde. Dan zou er geen sprake zijn van een belastbare schenking. Dit alles maakt de huidige regeling onbevredigend.'

### 2.2 Regeling vanaf 1 januari 2010

Onder de nieuwe regeling wordt dan ook afstand genomen van het civielrechtelijke uitgangspunt. Aan art. 1, derde lid Successiewet is een zinsnede toegevoegd, waardoor de schenking onder opschortende voorwaarde voor de toepassing van de Successiewet *geacht* wordt tot stand te komen op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat.

De nieuwe regeling sluit beter aan bij de materiële werkelijkheid. Immers, pas op het moment wanneer de voorwaarde wordt vervuld, wordt bij de begiftigde een draagkrachtvermeerdering gerealiseerd. Het lijkt derhalve logisch om ook voor het bepalen van de objectieve en subjectieve belastingplicht bij dit moment aan te sluiten. Toch is er ook een tweetal kritiekpunten op de nieuwe regeling te noemen.

- <sup>1</sup> Ten eerste is het betreurenswaardig dat de wetgever niet in overgangsrecht voorziet voor schenkingen onder opschortende voorwaarde die voor 1 januari 2010 zijn gedaan. Hierdoor kunnen in het verleden verrichte schenkingen die onder het oude recht onbelast waren, alsnog belast worden.

3 *Kamerstukken I 2009-2010, 31 930, D, p. 14.*

#### Voorbeeld 1

Een Nederbelg heeft in 2009, 11 jaar na zijn emigratie naar België, een schenking onder opschortende voorwaarde aan zijn kinderen gedaan. De voorwaarde wordt vervuld in 2015. Op dat moment woont de schenker weer in Nederland. De in eerste instantie (voor Nederlands schenkingsrecht) onbelaste schenking, wordt alsnog in de Nederlandse schenkbelasting betrokken.

De opvatting van de staatssecretaris in de memorie van antwoord vind ik dan ook onbegrijpelijk.<sup>3</sup>

'Voor voorwaardelijke schenkingen waarvan de voorwaarde nog niet is vervuld, komt er weliswaar een verandering in het moment waarop de schenking geacht wordt tot stand te komen, maar die verandering leidt op zich niet tot een hogere heffing.'

4 De staatssecretaris heeft wel aangegeven dat zal worden gezien of en in hoeverre het nodig is om als gevolg van deze wijzigingen het BVDB 2001 (en het Nederlandse verdragsbeleid) aan te passen (*Kamerstukken II 2008-2009, 31 930, nr. 9, p. 16*). Vooralsnog is het BVDB 2001 echter niet aangepast.

2 Een tweede kritiekpunt is de werking van de nieuwe regeling in internationaal verband. Veel landen sluiten aan bij de civielrechtelijke totstandkoming van een schenking onder opschortende voorwaarde. In een internationale situatie laat zich een dubbele heffing bij een dergelijke schenking dan ook eenvoudig denken. Wanneer een niet-(fictief) inwoner van Nederland een schenking onder opschortende voorwaarde doet, zal het desbetreffende woonland voor de schenkingsrechtheffing hoogstwaarschijnlijk aanknopen bij het moment van totstandkoming van de schenking. Wanneer de schenker vervolgens naar Nederland emigreert en de voorwaarde wordt vervuld, heft Nederland schenkingsrecht op dat moment. Nederland houdt vooralsnog geen rekening met deze eerdere buitenlandse belastingheffing.<sup>4</sup>

### 3 Schenking onder ontbindende voorwaarde/herroepelijke schenking

#### 3.1 Inleiding

Ook de regeling voor schenkingen onder ontbindende voorwaarde is gewijzigd. Deze wijziging heeft grote gevolgen voor de herroepelijke schenkingen, welke (voor de Successiewet) gelijk worden gesteld met schenkingen verricht onder ontbindende voorwaarde. Omdat de regeling voor ontbindende voorwaarde in art. 53 Successiewet is aangepast met het oog op de onder de huidige wetgeving ongewenste gevolgen bij herroepelijk schenken, bespreek ik hierna de specifieke problematiek die bij herroepelijke schenkingen speelt. De wijzigingen in art. 53 Successiewet gelden echter voor alle verkrijgingen onder ontbindende voorwaarde.

#### 3.2 Oude regeling

Een schenking onder ontbindende voorwaarde/herroepelijke schenking komt direct tot stand. Met de herroeping (ontbindende voorwaarde) werd voor de heffing van schenkingsrecht in eerste instantie geen rekening gehouden.<sup>5</sup> Wanneer de ontbindende voorwaarde vervolgens werd vervuld, werd het eerder geheven schenkingsrecht op grond van art. 53, eerste lid (oud) Successiewet volledig gerestitueerd. Deze restitutie vond plaats zonder vergoeding van de gederfde rente.

Het herroepen van de schenking heeft civielrechtelijk geen terugwerkende kracht. Hierdoor hoeven de eventueel genoten vruchten niet te worden terug geleverd/vergoed. Met het genot dat de begiftigde over het geschonkene heeft gehad, werd in de Successiewet geen rekening gehouden. Het in eerste instantie verschuldigde schenkingsrecht werd immers volledig gerestitueerd.

**3.2.1 Misbruik oude regeling** Door de volledige restitutie van het schenkingsrecht waren onder het oude recht aantrekkelijke estate-planningsopzetten te bedenken. Vader schenkt bijvoorbeeld aandelen in een kasgeldvennootschap aan zijn kinderen, de vennootschap keert vervolgens dividend uit waarna de vader de schenking weer herroept en het reeds betaalde schenkingsrecht wordt teruggevraagd. In deze opzet is het dividend naar de kinderen overgeheveld zonder heffing van schenkingsrecht. Uiteraard is het hier de vraag of de schenker wel de intentie heeft gehad om de aandelen te schenken of dat eigenlijk sprake is geweest van een schenking van dividend, waardoor (alsnog) een aanslag schenkingsrecht zou kunnen worden opgelegd.

Daarnaast kon het fiscaal aantrekkelijk zijn de schenking te herroepen wanneer het herroepelijk geschonkene (sterk) in waarde was gedaald. Het in eerste instantie geheven schenkingsrecht werd volledig gerestitueerd en vervolgens kon de schenking opnieuw worden gedaan. Alleen dit keer tegen een lagere waarde, waardoor uiteindelijk minder schenkingsrecht verschuldigd was.

5 Hoge Raad 23 maart 1966, *BNB* 1966/149.

Hetzelfde kon worden gedaan met het oog op de voorgestelde en inmiddels geldende tariefsverlaging. Is onder de oude wet een schenking gedaan waarover meer schenkingsrecht verschuldigd was dan onder de nieuwe tarieven zou zijn geweest, dan kon het aantrekkelijk zijn deze schenking te herroepen. Na de inwerkingtreding van de nieuwe tarieven zou vervolgens dezelfde schenking opnieuw kunnen worden gedaan, maar nu tegen de lagere tarieven. Uiteraard komt in beide situaties de vraag op of de schenker wel daadwerkelijk de wens had de schenking te herroepen, wanneer vervolgens (nagenoeg) hetzelfde weer wordt geschonken. De herroeping zou (fiscaal) kunnen worden genegeerd, waardoor het in eerste instantie verschuldigde schenkingsrecht niet wordt gerestitueerd en er ter zake van de nieuwe schenking ook niet opnieuw schenkbelasting zou zijn verschuldigd.

### 3.3 Nieuwe regeling

Vanaf 1 januari 2010 wordt niet meer de volledig eerder geheven belasting gerestitueerd. Onder de nieuwe regeling wordt namelijk rekening gehouden met de voordelen die tijdens de bezitsperiode bij de begiftigde zijn opgekomen (art. 53, tweede lid Successiewet). Dit wordt gedaan door de schenkbelasting die verschuldigd zou zijn geweest wanneer de voordelen zouden zijn geschonken, in mindering te brengen op de terug te betalen schenkbelasting. Per saldo is de begiftigde dus schenkbelasting verschuldigd over de genoten voordelen. In het oorspronkelijk ingediende wetsvoorstel werd het voordeel dat gedurende de bezitsperiode is genoten gesteld op minimaal de waarde van een vruchtgebruik gedurende deze bezitsperiode. In mijn artikel in het WFR heb ik uitgebreid kritiek op dit onderdeel van het wetsvoorstel geleverd.<sup>6</sup> De regeling van de fictief genoten voordelen zou in een groot aantal situaties onredelijk uitwerken en zijn doel ver voorbij schieten. Gelukkig heeft de staatssecretaris deze kritiek ter harte genomen en is bij tweede nota van wijziging het minimaal genoten voordeel uit het wetsvoorstel gehaald.<sup>7</sup> Alleen met de daadwerkelijk genoten voordelen wordt bij de restitutie van de eerder geheven schenkbelasting rekening gehouden. In eerste instantie was het onduidelijk hoe de schenkbelasting over de jaarlijks genoten voordelen moest worden berekend. In de nota naar aanleiding van het verslag heeft de staatssecretaris dit echter verduidelijkt.<sup>8</sup> Hij heeft aangegeven dat in verband met de uitvoerbaarheid het genoten voordeel wordt geacht in één keer te zijn geschonken. Hierbij worden de tarieven en de vrijstelling die golden voor het jaar van de schenking toegepast.

<sup>6</sup> T.N. Peters van Neijenhof, De voorgestelde wijziging van artikel 53 SW 1956 en de gevolgen voor de herroepelijke schenking en overlevingsclausules, WFR 2009/738.

<sup>7</sup> Kamerstukken II 2008-2009, 31 930, nr. 9 p. 106.

<sup>8</sup> Kamerstukken II 2008-2009, 31 930 nr. 9 p. 107.

#### Voorbeeld 2<sup>9</sup>

In jaar 1 worden aanmerkelijkbelang aandelen met een waarde van 1.000 door de vader aan zijn zoon geschonken. Hierover is (stel) 95 aan schenkbelasting verschuldigd. In de jaren 2 en 3 wordt 200 en 100 aan dividenden uitgekeerd. Bij het herroepen van deze schenking in jaar 4 moet de begiftigde de aandelen, die dan bijvoorbeeld een waarde van 1.200 hebben aan de vader (terug) overdragen. Het bedrag waarover op verzoek vermindering wordt verleend is het bedrag van de schenking verlaagd met de daadwerkelijk genoten voordelen. Het daadwerkelijk genoten voordeel over de geschonken aandelen bedraagt 300. Voor de berekening van de verlaging van de vermindering wordt ervan uitgegaan dat in jaar 1 een schenking ter waarde van 300 heeft plaatsgevonden. In jaar 1 zou hierover (stel) 29,5 aan schenkbelasting verschuldigd zijn. De vermindering die dan wordt verleend bedraagt 95 minus 29,5 is 65,5.

<sup>9</sup> Ontleend aan de genoemde nota naar aanleiding van het verslag.

### 3.4 Enkele slotopmerkingen inzake herroepelijke schenkingen

**3.4.1 'Oude' schenkingen** In eerste instantie was het niet duidelijk hoe zou worden omgegaan met het te restitueren schenkingsrecht wanneer een schenking is verricht onder de oude regelgeving maar wordt herroepen/ontbindende voorwaarde wordt vervuld onder de nieuwe regelgeving. Wordt op grond van art. 53, eerste lid Successiewet het eerder geheven schenkingsrecht volledig gerestitueerd of wordt er rekening gehouden met de (fictief) genoten voordelen als bedoeld in het nieuwe tweede en derde lid van artikel 53 Successiewet? De staatssecretaris heeft in de eerder genoemde nota naar aanleiding van het verslag aangegeven dat de nieuwe regels niet van toepassing zijn op reeds verrichte schenkingen.<sup>10</sup> Voor herroepelijke schenkingen betekent dit dat wanneer een schenking voor 1 januari 2010 is verricht, maar na 1 januari 2010 wordt herroepen, het gehele eerder geheven schenkingsrecht wordt gerestitueerd.

<sup>10</sup> Kamerstukken II 2008-2009, 31 930 nr. 9 p. 106.

**3.4.2 Misbruik bij waardedaling?** Tot slot: zoals ik hierboven heb aangegeven zou het in theorie mogelijk zijn om misbruik van het regime voor herroepelijke schenkingen te maken wanneer bijvoorbeeld de schenking in waarde is gedaald. Ook onder de nieuwe regeling is dit nog mogelijk. De staatssecretaris heeft in dit kader aangegeven dat in een dergelijke situatie doel en strekking van artikel 53 wordt gefrustreerd en dat de inspecteur de vermindering zal

<sup>11</sup> Kamerstukken II 2008-2009, 31 930 nr. 9 p. 106.

beperken, dan wel als dit eerst later aan het licht komt een navorderingsaanslag op zal leggen.<sup>11</sup> Mocht dit soort misbruik zich veelvuldig voordoen, dan zal hij bezien of het wenselijk is om art. 53 aan te scherpen.

#### 4 Artikel 53 Successiewet: 30-dagenclausules

##### 4.1 Nieuwe wettelijke regeling

Vanaf 1 januari 2010 is in de Successiewet een zgn. 30-dagenclausule opgenomen. Aan art. 53 Successiewet is een nieuw lid toegevoegd (zesde lid), luidende:

'De erfbelasting die van een verkrijger is geheven, wordt verminderd tot nihil indien over het verkregene, bij het overlijden van die verkrijger binnen dertig dagen na de verkrijging, nogmaals erfbelasting wordt geheven.'

In eerste instantie was in het wetsvoorstel bepaald dat in alle situaties waarbij personen binnen 30 dagen na elkaar kwamen te overlijden, de eerder geheven erfbelasting werd verminderd tot nihil. Later is dit aangepast en is de eis opgenomen dat de eerder geheven erfbelasting alleen maar wordt verminderd wanneer over dezelfde verkrijging nogmaals erfbelasting wordt geheven. Dit betekent dat wanneer bij het eerste overlijden een vruchtgebruik wordt verkregen dat bij het overlijden van de langstlevende binnen 30 dagen automatisch (dus zonder heffing van erfbelasting) volloopt naar volle eigendom, de wettelijke 30-dagenclausule niet geldt. Een eerste vraag die zich voordoet: is een testamentaire 30-dagenclausule door de wettelijke regeling overbodig geworden? Een tweede vraag is: hoe verhoudt een wettelijke 30-dagenclausule zich met een testamentaire 30-dagenclausule? Om deze vragen te kunnen beantwoorden, is het van belang te bekijken wat een testamentaire 30-dagenclausule inhoudt. Alvorens antwoord te geven op de hierboven opgekomen vragen, ga ik derhalve eerst kort in op de testamentaire 30-dagenclausule. Voor een uitgebreide beschrijving van de testamentaire variant en de valkuilen hierbij verwijs ik naar mijn eerder genoemde artikel in het WFR.<sup>12</sup>

<sup>12</sup> T.N. Peters van Neijenhof, De voorgestelde wijziging van artikel 53 SW 1956 en de gevolgen voor de herroepelijke schenking en overlevingsclausules, *WFR* 2009/738.

##### 4.2 Testamentaire 30-dagenclausule

De meest voorkomende overlevingsclausule bepaalt dat wanneer een erfrechtelijke verkrijger binnen 30 dagen na het overlijden van de erflater zelf komt te overlijden, hij niet erft. Deze clausule wordt in de praktijk de 30-dagenclausule genoemd. In de loop der tijd zijn er verschillende varianten op deze 30-dagenclausule ontwikkeld. Varianten treft men aan door het opnemen van verschillende termijnen, maar ook door aanvullende (vruchtgebruik) legaten in de clausule op te nemen.

<sup>13</sup> Het is ook mogelijk om een dergelijke clausule voor andere verkrijgers op te nemen.

Het doel van een dergelijke clausule is te voorkomen dat twee keer erfbelasting verschuldigd is over (nagenoeg) hetzelfde vermogen wanneer partners<sup>13</sup> kort na elkaar komen te overlijden. Dit doel wordt bereikt door aan de verkrijging een ontbindende voorwaarde te verbinden. Wanneer de verkrijger zelf binnen 30 dagen (dan wel een andere in het testament genoemde termijn) komt te overlijden, wordt de voorwaarde vervuld en komt zijn/haar erfgenaamschap te vervallen en hiermee ook de verschuldigde erfbelasting.<sup>14</sup>

<sup>14</sup> In theorie is degene die de 30 dagen niet overleeft eerst erfbelasting verschuldigd, zonder rekening te houden met de voorwaarde, en vervolgens wordt de eerder geheven erfbelasting op grond van art. 53, eerste lid Successiewet teruggegeven.

<sup>15</sup> In bepaalde situaties werkt een overlevingsclausule echter niet voordelig uit. Ik verwijs hiervoor naar het artikel van L.E. Welkers, De dertigclausule: hoezo dertig dagen?, *FBN* 2007,55.

In dit kader wil ik erop wijzen dat een 30-dagenclausule niet altijd voordelig hoeft te zijn. Het kan ook juist tot een hogere heffing leiden.<sup>15</sup> Door het vervallen van het erfgenaamschap van degene die niet 30 dagen overleeft, vererft het vermogen in plaats van in twee keer in één keer.

##### 4.3 Testamentaire 30-dagenclausule nog zinvol?

In tegenstelling tot de in de praktijk ontwikkelde overlevingsclausule, heeft de wettelijke 30-dagenclausule niet tot gevolg dat het erfgenaamschap voorwaardelijk is. In de wettelijke clausule blijft het erfgenaamschap in stand. Alleen de verschuldigde erfbelasting komt te vervallen. De in eerste instantie verkregen verkrijging valt nog steeds in zijn/haar nalatenschap. Het verschil in beide regelingen moge aan de hand van het volgende voorbeeld duidelijk worden.

**Voorbeeld 3**

M en V zijn gehuwd in gemeenschap van goederen en hebben geen kinderen. Het gezamenlijke vermogen is 100. M heeft in zijn testament V tot erfgenaam benoemd en wanneer zij is vooroverleden benoemt M zijn eigen familie tot erfgenaam. V heeft in haar testament M tot erfgenaam benoemd en haar eigen familie wanneer M is vooroverleden.

Stel dat M als eerste komt te overlijden. Op basis van het testament verkrijgt V 50. Vervolgens komt V binnen 30 dagen te overlijden.

**1 Wettelijke 30-dagenclausule**

Het successierecht dat V is verschuldigd over 50 wordt teruggebracht tot 0. Vervolgens vererft volgens het testament van V 100 naar haar familie.

**2 Testamentaire 30-dagenclausule**

De verkrijging van V keert automatisch weer in het vermogen van M en vererft vervolgens volgens zijn testament naar zijn familie. Dus 50 komt bij de familie van M terecht en 50 op basis van het testament van V bij haar familie.

Om bovenstaande reden kan het toch nog zinvol zijn om ook onder de nieuwe wetgeving ook nog gebruik te maken van testamentaire overlevingsclausules. Afhankelijk van de concrete situatie zal bekeken moeten worden of een testamentaire 30-dagenclausule nog wenselijk is.

**4.4 Testamentaire clausule en 30-dagenclausule**

Wanneer in een testament een 30-dagenclausule is opgenomen, komt men aan de wettelijke 30-dagenclausule niet toe. De in eerste instantie gemaakte erfstelling, komt door de ontbindende voorwaarde in de testamentaire 30-dagenclausule te vervallen en daarmee ook de eerder geheven erfbelasting. Mocht aan de testamentaire 30-dagenclausule een vruchtgebruiklegaat zijn gekoppeld, dan komt men ook niet toe aan de wettelijke 30-dagenclausule. Zie hiervoor hetgeen in paragraaf 4.1 is opgemerkt.

**5 Conclusie**

Het regime voor opschortende en ontbindende voorwaarden is onder de nieuwe regeling aanzienlijk gewijzigd. In beide situaties wordt beter aangesloten bij de economische werkelijkheid. In internationaal verband kan het nieuwe regime voor schenkingen onder opschortende voorwaarde echter wel nadelig uitwerken. Het is te hopen dat de wetgever (door aanpassing van het BVDB) hier nog iets aan doet.

Met het opnemen van de 30-dagenclausule heeft de wetgever een verzachting willen bieden voor situaties waarin kort na elkaar twee overlijdens plaatsvinden. De door de wetgever gekozen benadering, zorgt er echter niet voor dat testamentaire 30-dagenclausules (altijd) overbodig zijn geworden.

# DE NIEUWE BEDRIJFSOPVOLGINGSREGELING: VRAGEN, ANTWOORDEN EN NIEUWE VRAGEN...

mr. S.A.M. de Wijkerslooth - Lhoëst

## 1 Inleiding

- <sup>1</sup> Voluit: Wijziging van de Successiewet 1956 en enkele andere belastingwetten (vereenvoudiging bedrijfsopvolgingsregeling en herziening tarief\_structuur in de Successiewet 1956, alsmede introductie van een regeling voor afgezonderd particulier vermogen in de wet Inkomstenbelasting 201 en de Successiewet 1956.
- <sup>2</sup> *Kamerstukken I* 2009-2010, 31 930 D en F.
- <sup>3</sup> S.A.M. de Wijkerslooth-Lhoëst, De nieuwe bedrijfsopvolgingsregeling: alle knelpunten opgelost?, *WPNR* (2009) 6802.
- <sup>4</sup> *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 930 nr. 2.
- <sup>5</sup> Zoals de vragen naar de vorm van de regeling en de toenemende ongelijkheid tussen de erfgenamen die de onderneming voortzetten en de overige erfgenamen, en tussen de fiscale behandeling van ondernemingsvermogen en niet-ondernemingsvermogen.
- <sup>6</sup> Hoewel de VVD-fractie ook signaleert dat er met de gehanteerde termen sprake is van taalverloeding, wuift de staatssecretaris deze kritiek weg. *Kamerstukken I* 2009-2010, 31 930 C, p. 6 en D p. 27.
- <sup>7</sup> *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 930 nr. 3, p. 41.
- <sup>8</sup> *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 930 nr. 2.
- <sup>9</sup> Voorgesteld art. 35b Successiewet. *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 930 nr. 2.
- <sup>10</sup> Voorgesteld art. 25, twaalfde lid Invorderingswet 1990. *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 930 nr. 2.
- <sup>11</sup> Art. 25, dertiende lid Invorderingswet 1990 wordt gehandhaafd.
- <sup>12</sup> Nader Gewijzigd Amendement van het lid Cramer c.s., ter vervanging van dat gedrukt onder nr. 53. *Kamerstukken II* 2009-2010, 31 930 nr. 79.

Op 15 december 2009 heeft de Eerste Kamer wetsvoorstel 31 390<sup>1</sup> zonder stemming aangenomen. Na een uitvoerige behandeling in de Tweede Kamer, is er tijdens de behandeling in de Eerste Kamer nog zo'n 100 pagina's toelichting gegeven door de wetgever.<sup>2</sup> Ook de wijzigingen in de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten (hierna BOF) zijn uitvoerig toegelicht. In mijn artikel in het WPNR<sup>3</sup> heb ik de voorgestelde wijzigingen in de BOF zoals opgenomen in het wetsvoorstel<sup>4</sup> besproken aan de hand van een vijftal vragen. Mijn conclusie was dat een aantal knelpunten was opgelost en ik sprak de hoop uit dat er na de parlementaire behandeling een goede en consistente BOF zou ontstaan.

Dit artikel beschrijft de wettelijke regeling voor bedrijfsopvolgingsfaciliteiten vanaf 1 januari 2010. Ik ga niet meer in op de fundamentele discussie.<sup>5</sup> Ik hanteer de nieuwe wettelijke termen schenk- en erfbelasting.<sup>6</sup>

Uitgangspunt van de nieuwe regeling blijft voor de wetgever dat de schenk- of erfbelasting geen belemmering mag vormen voor reële bedrijfsoverdrachten. Er is sprake van bedrijfsopvolging als ondernemingsvermogen wordt verkregen van een ondernemer en de verkrijger de onderneming voortzet.<sup>7</sup> De wetgever wil de regeling eenvoudiger, evenwichtiger en toegankelijker maken. Hij wil met de nieuwe regeling bereiken dat er zo min mogelijk verschil gemaakt wordt tussen:

- ondernemingen voor de inkomstenbelasting en ondernemingen die door een lichaam gedreven worden, waarin de erflater/schenker een aanmerkelijk belang houdt;
- de overdracht van een onderneming bij leven of ten gevolge van overlijden;
- direct of indirect aandeelhouderschap in een ondernemende vennootschap.

Het oorspronkelijke wetsvoorstel<sup>8</sup> leidde tot drie faciliteiten voor bedrijfsopvolging: een voorwaardelijke vrijstelling voor de schenk- of erfbelasting over 90% van het ondernemingsvermogen,<sup>9</sup> uitstel van betaling voor de belasting over de resterende 10%,<sup>10</sup> en uitstel van betaling voor de vordering op een medeverkrijger.<sup>11</sup>

Voor een fictief aanmerkelijk belang en een meetrek aanmerkelijk belang was toepassing van de BOF niet mogelijk. Aan preferente aandelen en een medegerechtigdheid werden voorwaarden gesteld om voor toepassing van de BOF in aanmerking te komen.

Gaandeweg de parlementaire behandeling is de regeling echter toch weer ingewikkelder geworden. Als klap op de vuurpijl is op 3 november amendement nr. 79<sup>12</sup> aangenomen, waardoor het systeem nodeloos gecompliceerd wordt ( zie par. 3.2).

## 2 Bedrijfsopvolgingsfaciliteiten nieuwe stijl

De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten zijn met ingang van 1 januari 2010 te vinden in hoofdstuk IIIA van de Successiewet 1956, artt. 35b tot en met 35f. Uitstel van betaling is geregeld in art. 25, twaalfde en dertiende lid Invorderingswet 1990. Daarnaast is de Uitvoeringsregeling Successiewet 1956 getransformeerd in de Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting<sup>13</sup> (hierna de Uitvoeringsregeling). Het Besluit van 10 oktober 2007<sup>14</sup> (hierna het Besluit) zal nog worden aangepast. De daarin opgenomen goedkeuringen zijn deels gecodificeerd en voor zover dat niet het geval is, blijven de goedkeuringen van kracht.

Globaal luidt de nieuwe regeling als volgt: de verkrijger (krachtens erfrecht of schenking) krijgt op verzoek een voorwaardelijke vrijstelling van 100% indien de totale waarde van het ondernemingsvermogen van de objectieve onderneming €1 miljoen niet te boven gaat.

- <sup>13</sup> Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting 17 december 2009, *NR.DB* 2009-175, in werking getreden op 1 januari 2010, ter vervanging van de Uitvoeringsregeling Successiewet 1956.
- <sup>14</sup> Besluit 10 oktober 2007, nr. *CPP2007/383M*.



Wanneer de totale waarde van het ondernemingsvermogen van de objectieve onderneming hoger is dan €1 miljoen, is er allereerst een voorwaardelijke vrijstelling van 100% van het verschil tussen de hogere liquidatiewaarde en de going-concernwaarde. Vervolgens is er een voorwaardelijke vrijstelling van 100% voor zover de totale waarde van het ondernemingsvermogen van de objectieve onderneming niet hoger is dan €1 miljoen. Tot slot is er een voorwaardelijke vrijstelling van 83% over de alsdan resterende waarde van het ondernemingsvermogen.<sup>15</sup> Deze resterende waarde is de zgn. geconserveerde waarde.

<sup>15</sup> Art. 35b Successiewet.

Op verzoek wordt een conserverende aanslag opgelegd voor de belasting over de geconserveerde waarde: dit is de belasting over de belaste verkrijging minus de belasting over de belaste verkrijging verminderd met de geconserveerde waarde. Er zal dus geen conserverende aanslag meer worden opgelegd voor de belasting over de vrijgestelde waarde. Er volgt alleen een aanslag voor de belasting over het niet-vrijgestelde deel met de mogelijkheid om 10 jaar rentedragend uitstel van betaling te verkrijgen. Dit rentedragende uitstel eindigt bij faillissement van de belastingschuldige, wanneer de schuldsaneringsregeling van toepassing wordt, of wanneer niet langer voldaan wordt aan de voortzettingseisen van art. 35e Successiewet (zie paragraaf 5). Met dit laatste is een omissie in de uitstelregeling zoals die gold tot 1 januari 2010 gerepareerd: het uitstel kon in het verleden alleen beëindigd worden in de eerste twee genoemde gevallen.<sup>16</sup>

<sup>16</sup> Art. 25, twaalfde lid Invorderingswet 1990 voor 1 januari 2010.

De uitstelregeling blijft gelden voor de belasting over een vordering op een medeverkrijger ter zake van door deze medeverkrijger verkregen ondernemingsvermogen.<sup>17</sup>

<sup>17</sup> Art. 25, dertiende lid Invorderingswet 1990 is alleen redactioneel aangepast.

De faciliteiten worden, net zoals in de huidige regeling, aan de top verleend.<sup>18</sup> Een last of tegenprestatie komt niet in mindering voor de toepassing van de faciliteiten.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> Kamerstukken II 2008-2009, 31 930, nr. 3 p. 42.

<sup>19</sup> Art. 35b, vierde lid Successiewet. De regeling was opgenomen in artikel 7c Uitvoeringsregeling Successiewet.

De vrijstelling wordt verleend als sprake is van een bedrijfsopvolging, namelijk wanneer ondernemingsvermogen wordt verkregen van een ondernemer en de verkrijger de onderneming voortzet gedurende ten minste vijf jaar.

De eisen tot 1 januari 2010 dat de schenker ten minste 55 jaar oud moet zijn, of voor ten minste 45% arbeidsongeschikt, zijn vervallen. Dit is een zeer terechte versoepeling; het wenselijke moment voor bedrijfsopvolging dient niet afhankelijk te zijn van een arbitraire leeftijds- c.q. arbeidsongeschiktheidseis.

Met ingang van 1 januari 2010 wordt heffingsrente berekend over erfbelastingsschulden en -vorderingen.<sup>20</sup> Als de voorwaardelijke vrijstelling vervalt omdat niet aan de voortzettingseis wordt voldaan, zal dus heffingsrente ingevorderd worden. Dit is een wijziging ten opzichte van de situatie tot 1 januari 2010 waarin een renteloos uitstel werd verleend voor de belasting over de onbelast geconserveerde waarde.<sup>21</sup>

<sup>20</sup> Kamerstukken II 2008-2009, 31 930, nr. 3, p. 22. Per 1 januari 2010 is art. 30f, derde lid, sub b, ten eerste AWR in werking getreden, dat de berekening van heffingsrente regelt. De heffingsrente wordt berekend over het tijdvak dat aanvangt acht maanden na het overlijden.

<sup>21</sup> Art. 25, elfde lid Invorderingswet 1990, vervallen per 1 januari 2010.

In de 10% van de gevallen waarin de verkrijger niet voldoet aan de voortzettingsvereisten,<sup>22</sup> moet er dus meer betaald worden dan voor 1 januari 2010.

<sup>22</sup> Kamerstukken II 2008-2009, 31 930, nr. 3, p. 41.

Tot slot merk ik op dat in navolging van recente jurisprudentie de staatssecretaris overstag<sup>23</sup> is gegaan en goedkeurt dat de belastinglatentie naar evenredigheid aan het vrijgestelde en het niet-vrijgestelde deel van het ondernemingsvermogen worden toegerekend.<sup>24-25</sup>

<sup>23</sup> In het Besluit t.a.p. par. 7.1 hanteert de staatssecretaris nog een andere visie.

<sup>24</sup> Het cassatieberoep tegen de uitspraak van Hof Arnhem van 3 juni 2009 is ingetrokken en het Besluit zal op dit punt worden aangepast, MvF 28-08-2009 DGB 2009-4064.

<sup>25</sup> Kamerstukken II 2008-2009, 31 930 nr. 9, p. 23.

### 3 Ondernemingsvermogen

#### 3.1 Inleiding

Onder ondernemingsvermogen wordt verstaan:

- een onderneming zoals bedoeld in art. 3.2 van de Wet inkomstenbelasting 2001;<sup>26</sup>
- een medegerechtigdheid;<sup>27</sup>
- vermogensbestanddelen die bij de erflater/schenker behoorden tot een aanmerkelijk belang (mits het lichaam een onderneming drijft of een medegerechtigdheid houdt);<sup>28</sup>
- onroerende zaken die onder de terbeschikkingstellingsregeling<sup>29</sup> vallen en dienstbaar zijn aan de onderneming die door het lichaam gedreven wordt, mits de verkrijger ook aanmerkelijkbelangaandelen in dat lichaam krijgt.<sup>30</sup>

<sup>26</sup> Art. 35c, eerste lid, onderdeel a Successiewet.

<sup>27</sup> Art. 35c, eerste lid, onderdeel b Successiewet.

<sup>28</sup> Art. 35c, eerste lid, onderdeel c Successiewet.

<sup>29</sup> Art. 3.92 Wet IB 2001.

<sup>30</sup> Art. 35c, eerste lid, onderdeel d Successiewet.

**31** *Kamerstukken II* 2009-2010, 31 930, nr. 79. Let op, het eerste voorbeeld in de toelichting klopt niet; als twee verkrijgers beiden de helft van een objectieve onderneming van €2 miljoen krijgen, verkrijgen zij ieder de 100% vrijstelling voor een bedrag van €500.000 (i.p.v. €750.000), en 83% vrijstelling voor de resterende waarde van de verkrijging.

**32** Art. 35b, eerste lid, sub b laatste zin Successiewet.

**33** Art. 7 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting.

### 3.2 Objectieve onderneming

De 100% vrijstelling van €1 miljoen is gekoppeld aan de waarde van de 'objectieve onderneming' en niet, zoals tot 1 januari 2010 gebruikelijk, aan de waarde van de subjectieve onderneming. Dit vindt zijn oorzaak in amendement nr. 79. De toelichting op het amendement geeft aan dat de waarde van de objectieve onderneming moet worden beoordeeld vanuit de positie van de erflater of schenker.<sup>31</sup> Bij ministeriële regeling zijn nadere regels gesteld, waarin is bepaald in hoeverre ter beschikking gestelde vermogensbestanddelen tot het objectieve ondernemingsvermogen worden gerekend.<sup>32</sup>

De Uitvoeringsregeling bepaalt daartoe dat mede onder objectief ondernemingsvermogen wordt verstaan:

- buitenvennootschappelijk gehouden onroerende zaken;
- onroerende zaken die op de voet van art. 3.92 Wet IB 2001 aan de vennootschap ter beschikking worden gesteld en daaraan dienstbaar zijn.

Voor de bepaling van het objectieve ondernemingsvermogen worden de bezittingen en schulden van een werkmaatschappij voor het geheel in aanmerking genomen, ook als zij slechts gedeeltelijk worden toegerekend aan de houdstermaatschappij.<sup>33</sup>

Er moet dus rekening worden gehouden met eventueel buitenvennootschappelijk vermogen. Dit leidt tot de merkwaardige consequentie dat voor de bepaling van de hoogte van het objectieve ondernemingsvermogen rekening gehouden wordt met de subjectieve onderneming van een ander dan de schenker of erflater, die betrokken is bij de objectieve onderneming.

Tot het objectieve ondernemingsvermogen behoort het ondernemingsvermogen van de eenmanszaak, bij een VOF valt hier in ieder geval het VOF-vermogen onder, bij een BV behoort het ondernemingsvermogen tot de objectieve onderneming. Bij de laatste twee telt ook het buitenvennootschappelijk vermogen resp. het ter beschikking gestelde vermogen mee. Wanneer de waarde van het objectieve ondernemingsvermogen is bepaald, moet gezien worden welk deel hiervan in de verkrijging van de verkrijger tot uitdrukking komt. De verkrijger heeft recht op een evenredig deel van de vrijstelling van €1 miljoen.

#### Voorbeeld 1

Stel er is een BV met onderneming ter waarde van €2 miljoen. Vader heeft 50% van de aandelen (waarde €1 miljoen) in deze BV en schenkt deze aan zijn zoon. De voorwaardelijke vrijstelling bedraagt dan: €500.000 ( $\frac{1}{2} \times €1$  miljoen) plus €415.000 (83% over het restant van €500.000), in totaal dus €915.000.

Wanneer vader een 5% belang heeft ter waarde van €1 miljoen in een BV met een onderneming ter waarde van €20 miljoen, bedraagt de vrijstelling dus €50.000 (5% van €1 miljoen), plus €788.500 (83% over €950.000), in totaal dus €838.500.

In beide gevallen verkrijgt de zoon een aandelenpakket dat €1 miljoen waard is, maar de vrijstelling is anders. In feite is hiermee toch een element van een boedelvrijstelling geïntroduceerd in de regeling, terwijl de wetgever dat niet wenselijk acht.<sup>34</sup> Vanuit de verkrijger gezien is de hoogte van de vrijstelling willekeurig.

**34** *Kamerstukken I* 2009-2010, 31 930 D, p. 38.

De behandeling van buitenvennootschappelijk vermogen kan het best geïllustreerd worden aan de hand van het volgende voorbeeld.

**Voorbeeld 2<sup>35</sup>**

E en H drijven een onderneming in een VOF (waarde €2,5 miljoen), waarin ieder voor de helft gerechtigd is. E stelt (als buitenvennootschappelijk vermogen) een pand (waard €500.000) ter beschikking aan de VOF. De objectieve waarde van het totale ondernemingsvermogen is dan €3 miljoen. Voor degene die het ondernemingsvermogen van E verkrijgt ter waarde van €1.750.000 ( $1/2 \times €2,5 \text{ miljoen} + €500.000$ ) bedraagt de vrijstelling €1.551.667<sup>36</sup>. Voor degene die het ondernemingsvermogen van H verkrijgt ter waarde van €1.250.000 ( $1/2 \times €2,5 \text{ miljoen}$ ) bedraagt de vrijstelling €1.108.328<sup>37</sup>. Dit komt neer op een vrijstelling van circa 88,6% voor de verkrijgers. Het is merkwaardig dat de erfgenamen van de overleden vennoot aan de andere vennoot een opgave van zijn buitenvennootschappelijk vermogen zullen moeten vragen om tot een juiste berekening van de vrijstelling te kunnen komen. Dit geldt mutatis mutandis ook voor ter beschikking gesteld vermogen.

Wanneer een bedrijfsopvolging gefaseerd plaatsvindt, zal per schenking een deel van de voorwaardelijke vrijstelling van €1 miljoen benut kunnen worden.

**35** Ontleend aan de parlementaire geschiedenis. *Kamerstukken I* 2009-2010, 31 930 D, p. 6, voorbeeld 8, herhaald in de Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting in de toelichting op art. 7.

**36**  $1.750.000 / 3.000.000 \times 1 \text{ miljoen} + 83\%$   
( $1.750.000 - 583.334$ )

**37**  $1.250.000 / 3.000.000 \times 1 \text{ miljoen} + 83\%$   
( $1.250.000 - 691.667$ ).

**Voorbeeld 3**

Stel de waarde van het ondernemingsvermogen van BV X is €5 miljoen.<sup>38</sup> R en T zijn beiden 50% aandeelhouder. R schenkt in jaar 1  $1/4$  deel van zijn aandelen aan S en in jaar 2 de rest van zijn aandelen. S heeft dan in jaar 1 recht op een 100% vrijstelling van  $1/8$ e van €1 miljoen, ofwel €125.000, en in jaar 2 op een 100% vrijstelling van  $3/8$ e van €1 miljoen, ofwel €375.000. In totaal wordt dan de 100% vrijstelling over de objectieve ondernemingswaarde voor het aandelenpakket van R geheel benut.

Wanneer de waarde van de objectieve onderneming lager is dan €1 miljoen, kunnen R en S echter beter maar wachten tot de waarde €1 miljoen is of hoger. Wanneer de waarde van het objectieve ondernemingsvermogen in het vorige voorbeeld €500.000 is in jaar 1 en de waarde is in jaar 2 gestegen naar €1,5 miljoen, loopt het immers als volgt: in jaar 1 heeft S recht op een 100% vrijstelling van  $1/8$ e van €500.000, ofwel €62.500, en in jaar 2 heeft S recht op een 100% vrijstelling van  $3/8$ e van €1 miljoen, ofwel €375.000. S heeft dan voor zijn verkrijging slechts €437.500 aan 100% vrijstelling voor het objectieve ondernemingsvermogen benut, terwijl hij bij een schenking van het gehele aandelenpakket in jaar 2 aanspraak kan maken op een 100% vrijstelling van €500.000.

**38** *Kamerstukken I* 2009-2010, 31 930, D, p. 4, voorbeeld 6. Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting toelichting op art. 7, voorbeeld 6.

Voor overige voorbeelden verwijs ik naar de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer (herhaald in de toelichting op art. 7 Uitvoeringsregeling).

**3.3 Houdsterstructuur**

Wanneer de houdstermaatschappij van vader de aandelen in een werkmaatschappij schenkt aan (de houdstermaatschappij van) een zoon (schenking onderlangs), zal voor de berekening van de 100% vrijstelling van de objectieve ondernemingswaarde de waarde van het gehele concern berekend moeten worden. Het is niet voldoende om alleen de waarde van de geschonken aandelen te bepalen, maar ook het niet geschonken ondernemingsvermogen moet worden gewaardeerd. Volgens de wetgever is dit nodig, omdat er anders een verschil ontstaat tussen een verkrijging ineens van de aandelen in de houdstermaatschappij en gefaseerde verkrijgingen onderlangs. De wetgever noemt de extra waardering een 'kleine extra last in de uitvoering'.<sup>39</sup>

**39** *Kamerstukken I* 2009-2010, 31 930 D, p. 8.

Natuurlijk rees ook meteen de vraag of het niet gunstiger zal zijn om een concern zonder tussenkomst van een houdstermaatschappij te leiden, zodat voor ieder aanmerkelijk belang een beroep kan worden gedaan op de 100% objectieve ondernemingsvermogensvrijstelling. In de Uitvoeringsregeling is in art. 7, vierde lid het volgende bepaald: indien aandelen verkregen worden in een lichaam waarin de erflater/schenker op enig moment in de afgelopen vijf jaar (voor schenking) of het voorafgaande jaar (bij overlijden) indirect aandeelhouder was, wordt voor de berekening van de objectieve ondernemingswaarde ervan uitgegaan dat de erflater/schenker nog steeds indirect aandeelhouder is. Het gaat er bij deze regeling om dat een erflater of schenker zich in het zicht van overlijden of schenking ontdoet van de houdstermaatschappij om zo meerdere keren gebruik te kunnen maken van de 100% vrijstelling.

Wanneer een houdstermaatschappij al langer dan één c.q. vijf jaar verdwenen is, of wanneer een schenker/erflater altijd al meerdere BV's bezat waarin een materiële onderneming werd gedreven, kan dus per BV de objectieve ondernemingsvrijstelling van €1 miljoen benut worden. Er kan dus nog een groot verschil bestaan tussen de ib-ondernemer en de ab-ondernemer op dit punt.

<sup>40</sup> Kamerstukken II 2009-2010, 31 930 nr. 31, vervangen door nr. 77, en vervolgens vervallen.

<sup>41</sup> Kamerstukken II 2009-2010, 31 930 nr. 36.

<sup>42</sup> Kamerstukken II 2009-2010, 31 930 nr. 81, p. 11.

<sup>43</sup> De redactie van Vakstudienieuws is het eens met de argumenten van de staatssecretaris en vindt het ook jammer dat dit amendement aangenomen is, VN 2009/5710.

<sup>44</sup> Art. 35b, derde lid Successiewet tot 1 januari 2010.

<sup>45</sup> Kamerstukken II 2008-2009, 31 930 nr. 9, p. 96. Deze keuze kan pas gemaakt worden op het moment dat de onderneming overgaat krachtens erfrecht of schenking, terwijl voor een ib-onderneming de keuze onmiddellijk bij in (gemengd) gebruik nemen van het goed moet worden gemaakt.

<sup>46</sup> Kamerstukken II 2008-2009, 31 930, nr. 13, p. 26.

<sup>47</sup> Art. 35c, eerste lid, onderdeel c, onder 2 Successiewet.

<sup>48</sup> Art. 7a, eerste lid Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting.

<sup>49</sup> Kamerstukken I 2009-2010, 31 930 D, p. 39.

<sup>50</sup> Of enig aandeelhouder van een vennootschap die een beherend vennoot is. Zie art. 35c, tweede lid Successiewet.

<sup>51</sup> Art. 35c, vierde lid Successiewet.

De bedoeling van de objectieve ondernemingsvrijstelling van €1 miljoen is om kleine mkb-ondernemingen te ontlasten. Het lijkt echter een ongelukkige en ingewikkelde oplossing. Het is ook zeer de vraag of de voorgestelde voorwaardelijke vrijstelling van 90% niet al voldoende was om problemen bij het mkb te voorkomen. Het geheel overziend is een 100% voorwaardelijke vrijstelling een betere en eenvoudiger oplossing. Een daartoe strekkend amendement<sup>40</sup> is door de staatssecretaris ontraden.<sup>41</sup>

Overigens heeft de staatssecretaris amendement nr. 79 eveneens ontraden<sup>42</sup> en daarbij ook gesignaleerd dat het aangrijpen bij de objectieve onderneming niet in lijn is met de systematiek van de Successiewet.<sup>43</sup>

### 3.4 Ondernemingsvermogen in de zin van de Wet IB 2001

Het begrip ondernemingsvermogen is uitgewerkt in art. 35c Successiewet. Door de verwijzing naar het ondernemingsbegrip van de Wet IB 2001 voor de bepaling van het ondernemingsvermogen van een lichaam, wordt de omvang van het ondernemingsvermogen rechtsvormneutraal bepaald. Dit is een vooruitgang ten opzichte van de regeling tot 1 januari 2010, waarbij verwezen werd naar art. 2, eerste lid, onderdeel e Wet Vpb 1969.<sup>44</sup> Wanneer sprake is van keuzevermogen bij de ib-ondernemer, is bepalend of hij dit keuzevermogen heeft geëtiketteerd als ondernemingsvermogen of privévermogen. Alleen als hij heeft gekozen voor ondernemingsvermogen loopt dit keuzevermogen mee in de vrijstelling. In die zin is de regeling niet volledig rechtsvormneutraal. Voor een onroerende zaak die dienstbaar is aan de onderneming en als privévermogen is aangemerkt, geldt de vrijstelling niet, terwijl de vrijstelling wel van toepassing is op de door een ab-ondernemer terbeschikkinggestelde onroerende zaak (zie paragraaf 3.7). Wanneer een vennootschap de onderneming drijft, mag bij de bepaling van het ondernemingsvermogen het keuzevermogen als verplicht ondernemingsvermogen worden meegenomen.<sup>45</sup>

Wanneer sprake is van een onderneming, is niet altijd even duidelijk. De wetgever vindt de enkele verhuur van onroerende zaken geen onderneming; bij projectontwikkeling is er mogelijk wel sprake van een onderneming. Er moet sprake zijn van meer dan normaal vermogensbeheer, waarbij de vennootschap extra arbeid moet verrichten, en die arbeid moet meer omvatten dan bij resultaat uit overige werkzaamheden het geval zou zijn, en dit moet ook het doel van die arbeid zijn.<sup>46</sup> De discussie of er in een bepaald geval sprake is van een onderneming zal naar verwachting nog vaker gevoerd worden, gelet op het toegenomen belang van de faciliteiten.

### 3.5 Beleggingsvermogen

Als ondernemingsvermogen wordt aangemerkt de waarde van het aanmerkelijkbelangpakket, voor zover die waarde toerekenbaar is aan de onderneming/medegerechtigdheid, vermeerderd met het beleggingsvermogen van het lichaam tot maximaal 5% van de waarde van het ondernemingsvermogen.<sup>47</sup> De faciliteiten tot 1 januari 2010 werden ook verleend over het beleggingsvermogen met een maximum van 15% van de waarde van het aanmerkelijk belang.<sup>48</sup>

Op het punt van beleggingsvermogen blijft er dus een (zij het kleiner dan voorheen) onderscheid bestaan tussen de ib-ondernemer en de ab-ondernemer. De wetgever handhaaft deze marge echter uit praktische overwegingen, zodat de inspecteur discussie over de omvang van beleggingsvermogen achterwege kan laten wanneer hij in één oogopslag ziet dat er slechts weinig beleggingsvermogen aanwezig is.<sup>49</sup>

### 3.6 Medegerechtigdheid en preferente aandelen

Voor een medegerechtigdheid of preferente aandelen gelden de faciliteiten alleen als deze zijn ontstaan als gevolg van een gefaseerde bedrijfsoverdracht. De medegerechtigdheid moet een rechtstreekse voortzetting zijn van een eerder door de schenker of erflater gedreven onderneming en de verkrijger moet reeds beherend vennoot van deze onderneming zijn.<sup>50</sup>

Dit betekent dat deelname in commanditaire CV's (bijvoorbeeld scheepvaart-CV's) in beginsel niet meer in aanmerking komt voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.

Voor preferente aandelen geldt de eis dat deze een omzetting vormen van een eerder gehouden aanmerkelijk belang van gewone aandelen, waarbij de omzetting van de gewone aandelen in preferente aandelen gepaard is gegaan met toekennen van gewone aandelen aan een ander. De verkrijger van de preferente aandelen dient een aanmerkelijk belang in de gewone aandelen te houden.<sup>51</sup> Onder omzetting van gewone aandelen valt ook uitgifte van preferente aandelen in

het kader van een aandelenfusie, een juridische fusie of een juridische splitsing.<sup>52</sup> Wanneer de preferente aandelen zijn verkregen krachtens huwelijksvermogensrecht of erfrecht van degene die de gewone aandelen daarin heeft omgezet, voldoen ze ook aan de voorwaarden.<sup>53</sup> Tevens moet de vennootschap waarop de omgezette aandelen betrekking hebben ten tijde van de omzetting een onderneming drijven.

De term preferente aandelen wordt niet gedefinieerd; hiervan is in ieder geval sprake wanneer de aandelen recht geven op (cumulatief) dividend, en niet op waardevermeerdering. Aandelen die volledig delen in de winstreserves en de liquidatieopbrengsten worden niet als preferente aandelen aangemerkt.<sup>54</sup> Voor indirect gehouden preferente aandelen gelden dezelfde eisen als voor direct gehouden preferente aandelen.<sup>55</sup>

De faciliteiten zijn alleen van toepassing op de preferente aandelen indien de verkrijger hiervan ook al de gewone aandelen verkregen heeft. Dit heeft ten gevolge dat de faciliteiten niet benut kunnen worden wanneer er geen testament is en er een structuur is met preferente aandelen bij de erflater en de langstlevende niet de gewone aandelen houdt. Ingevolge de wettelijke verdeling worden dan immers alle preferente aandelen van rechtswege toegedeeld aan de langstlevende en krijgen de kinderen slechts een niet-opeisbare vordering. De langstlevende ouder voldoet niet aan de eisen en kan dus geen beroep doen op de BOF. De kinderen die een vordering krijgen kunnen geen beroep doen op uitstel van betaling voor hun vordering, aangezien deze vordering niet samenhangt met een kwalificerend aanmerkelijkbelangpakket, namelijk door de medeverkrijger verkregen ondernemingsvermogen.

#### Voorbeeld 4

De toelichting op de Uitvoeringsregeling<sup>56</sup> illustreert treffend de merkwaardige gang van zaken: G en H zijn gehuwd en hebben één kind, D. G (enig aandeelhouder van BV Y) zet zijn aandelen om in preferente aandelen, onder gelijktijdige uitreiking van gewone aandelen aan kind D. G overlijdt zonder testament, dus zijn vrouw H verkrijgt alle preferente aandelen. De BOF is niet van toepassing op de verkrijging door H,<sup>57</sup> maar wanneer H vervolgens overlijdt en de preferente aandelen naar kind D vererven, is op deze verkrijging de BOF wel van toepassing. Er moet dus wel erfbelasting worden betaald bij het eerste overlijden, hetgeen kan leiden tot liquiditeitsproblemen voor de langstlevende ouder en daarmee tot continuïteitsproblemen voor de vennootschap waaruit de middelen gehaald zullen moeten worden. Wellicht komt men dan aan toepassing van de BOF bij het overlijden van de langstlevende ouder H niet meer toe, omdat er geen onderneming meer is.

Ook bij een testament met een (quasi) wettelijke verdeling zal de BOF niet toegepast kunnen worden. Bij een testament waarin het vruchtgebruik van de preferente aandelen wordt gelegateerd aan de langstlevende en de hoofdgerechtigdheid aan de kinderen, zal alleen het kind dat de gewone aandelen heeft verkregen een beroep kunnen doen op de BOF voor zijn verkrijging van de hoofdgerechtigdheid van de preferente aandelen.

Kortom: bij een verzorgingstestament staan de langstlevende en de overige kinderen fiscaal in de kou. Om optimaal van de BOF gebruik te kunnen maken, dienen alle erfgenamen minimaal 5% van de gewone aandelen te hebben die ter gelegenheid van de omzetting zijn uitgegeven. Hoewel er naar mijn mening geen steekhoudend argument is om preferente aandelen anders te behandelen dan gewone aandelen<sup>58</sup>, ziet de wetgever preferente aandelen slechts als ondernemingsvermogen indien deze zijn ontstaan uit een 'echt' aanmerkelijk belang en is alleen in dat geval toepassing van de BOF mogelijk. In de praktijk zijn preferente aandelen vaak om verschillende redenen uitgegeven en mocht men er tot 1 januari 2010 van uitgaan dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten hierop van toepassing waren. Er is echter geen overgangsrecht, aangezien de wetgever overgangsrecht voor de echte bedrijfsopvolger niet nodig acht.<sup>59</sup>

### 3.7 Fictief aanmerkelijk belang/meetrek aanmerkelijk belang

Het fictieve aanmerkelijk belang en het meetrek aanmerkelijk belang op grond van art. 4.10 en 4.11 Wet IB 2001 kwamen in het oorspronkelijke wetsvoorstel niet meer in aanmerking voor de faciliteiten omdat de wetgever van mening was dat deze aanmerkelijkbelanghouders niet kwalificeren als ondernemer, maar veeleer als belegger.<sup>60</sup>

In de eerste nota van wijziging wordt het fictief aanmerkelijk belang echter niet langer uitgezonderd van toepasselijkheid van de BOF. De wetgever geeft als reden hiervoor dat er liquiditeitsproblemen kunnen ontstaan voor de verkrijgers en dat een fictief aanmerkelijk belang vanuit een 'echt' aanmerkelijk belang is ontstaan.<sup>61</sup> De BOF is echter bedoeld om ervoor te zorgen dat de continuïteit van ondernemingen niet belemmerd wordt omdat er

<sup>52</sup> Art. 8, eerste lid Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting.

<sup>53</sup> Art. 8 tweede lid Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting.

<sup>54</sup> Kamerstukken II 2009-2010, 31 930, nr. 13, p. 25.

<sup>55</sup> Art. 8, derde lid Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting.

<sup>56</sup> Toelichting op art. 8 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting, voorbeeld 2.

<sup>57</sup> Over kind D wordt niets gezegd.

<sup>58</sup> Zie ook S.A.M. de Wijkerslooth-Lhoëst, De nieuwe bedrijfsopvolgingsregeling: alle knelpunten opgelost?, WPNR (2009) 6802..

<sup>59</sup> Kamerstukken II 2009-2010, 31 930, nr. 13, p. 28.

<sup>60</sup> Kamerstukken II 2008-2009, 31 930, nr. 3, p. 44.

<sup>61</sup> Kamerstukken II 2008-2009, 31 930, nr. 9 en nr. 10, p. 21.

middelen aan de onderneming moeten worden onttrokken vanwege de te betalen erf- of schenkbelasting. Bij een fictief aanmerkelijk belang gaat het om liquiditeitsproblemen van de verkrijger, bij dergelijke kleine belangen kan men moeilijk volhouden dat de onderneming in gevaar kan komen. Door de BOF te blijven toepassen op een fictief aanmerkelijk belang wordt eigenlijk een heel ander doel gediend, namelijk het in de familie houden van familie-ondernemingen. De heropname van het fictief aanmerkelijk belang als ondernemingsvermogen heeft bovendien geleid tot een ingewikkelde regeling voor de toerekening wanneer sprake is van een fictief aanmerkelijk belang in een houdstermaatschappij (zie paragraaf 4).

Het meetrek aanmerkelijk belang blijft uitgezonderd van toepassing van de BOF. De wetgever stelt dat art. 4.10 Wet IB 2001 een anti-misbruikregeling is, en er daarom geen reden is om deze aandeelhouders voor de Successiewet als ondernemers te beschouwen.<sup>62</sup> Ook bij een meetrek aanmerkelijk belang kan echter een liquiditeitsprobleem ontstaan voor de verkrijger, maar dat is in dit geval geen reden voor de wetgever om coulant te zijn.

<sup>62</sup> Kamerstukken II 2008-2009, 31 930, nr. 9, p. 21.

### 3.8 Ter beschikking gestelde onroerende zaken

De toepasselijkheid van de faciliteiten op onroerende zaken die dienstbaar zijn aan de onderneming is al eerder in de literatuur bepleit.<sup>63</sup> De BOF is alleen van toepassing als de verkrijger van het ter beschikking gestelde pand tegelijkertijd aandelen in de betreffende vennootschap verkrijgt. De verkrijger van de onroerende zaak behoeft niet het gehele aanmerkelijk belang te verkrijgen in het lichaam waaraan de onroerende zaak ter beschikking is gesteld.<sup>64</sup> Bij een schenking van één aandeel kan dus de onroerende zaak eveneens aan de verkrijger van dat aandeel met toepassing van de faciliteiten geschonken worden. Onder onroerende zaken wordt eveneens verstaan appartementsrechten, opstalrechten, erfpacht-rechten, vruchtgebruik of economische eigendom van de onroerende zaak.<sup>65</sup> Wanneer ten aanzien van ter beschikking gesteld vermogen overigens gebruik wordt gemaakt van de doorschuifregeling, is een aftrek voor latente belastingverplichtingen toegestaan.<sup>66</sup>

Er blijft nu nog één situatie over waarin voor dit soort onroerende zaken de faciliteiten niet benut kunnen worden: dat is het geval wanneer een schenker/erflater zijn onderneming drijft door middel van een vennootschap waarin hij direct aanmerkelijkbelanghouder is (werkmaatschappij), en hij daarnaast ook direct aanmerkelijkbelanghouder is in een vennootschap die een onroerende zaak ter beschikking stelt aan deze werkmaatschappij. Nu de wetgever een rechtsvormneutrale regeling nastreeft, zou ook in deze situatie de bedrijfsopvolgingsregeling van toepassing moeten zijn. De wetgever realiseert zich, dat tussen beide situaties in economisch opzicht weinig verschil bestaat, maar wenst geen consolidatie via de natuurlijke persoon.<sup>67</sup> Hier blijft er dus ook een verschil in fiscale behandeling bestaan tussen de ib-ondernemer en de ab-ondernemer.

<sup>67</sup> Kamerstukken II 2008-2009, 31 930, nr. 9, p. 95, en zelfs nog in Kamerstukken I 2009-2010, 31 930 D, p. 39.

### 3.9 Vordering ontstaan in het kader van de bedrijfsopvolging

Onder ondernemingsvermogen wordt niet begrepen een vordering, ontstaan in het kader van bedrijfsopvolging. Dit soort vorderingen wordt door een goedkeuring in het Besluit soms wel met ondernemingsvermogen gelijkgesteld. Zo keurt het Besluit goed dat de faciliteiten ook gelden wanneer een onderneming wordt overgedragen tegen een koopsom, die vervolgens wordt kwijtgescholden.<sup>68</sup> Ook zijn de faciliteiten van toepassing op een vordering die ontstaat in het kader van een finaal verrekenbeding bij overlijden.<sup>69</sup>

<sup>68</sup> Besluit t.a.p., par. 3.4.

<sup>69</sup> Besluit t.a.p., par. 3.7.

Wanneer in de wet zou zijn opgenomen dat onder ondernemingsvermogen ook vorderingen worden verstaan indien en voor zover deze zijn ontstaan in verband met de overdracht of overgang van de onderneming, zou dat tot een eenvoudiger regeling leiden en bovendien rechtdoen aan een gelijke behandeling van de verkrijgers.<sup>70</sup> De wetgever beschouwt een gelijke behandeling van de erfgenamen/verkrijgers echter niet als een zaak die de fiscale wetgever moet regelen.<sup>71</sup>

<sup>70</sup> Aldus ook S.A. Stevens, Toerekeningsvragen in de bedrijfsopvolgingsfaciliteit, *WFR* 2008/339.

<sup>71</sup> Kamerstukken I 2009-2010, 31 930 D, p. 38.

Voor toepassing van de doorschuiffaciliteit in de inkomstenbelasting<sup>72</sup> wordt echter een vordering, die vóór 1 januari 2010 is ontstaan in verband met de verkrijging van een onderneming, wél als ondernemingsvermogen beschouwd.<sup>73</sup>

<sup>72</sup> Zie hiervoor uitgebreid de bijdrage van M.J.A.M. van Gijlswijk.

<sup>73</sup> Ook de redactie van Vakstudienieuws is van mening dat een dergelijke vordering onder omstandigheden kan kwalificeren als ondernemingsvermogen voor de BOF, VN 2009/5710.

## 4 Houdsterstructuren

Een indirect aanmerkelijk belang wordt zoveel mogelijk hetzelfde behandeld als een direct aanmerkelijk belang. Onder de Successiewet zoals deze luidde tot 1 januari 2010 mochten de vermogensbestanddelen van een dochtermaatschappij slechts aan de houdster worden



toegerekend wanneer sprake was van 'mede beleid bepalen' door de houdster.<sup>74</sup> Dit criterium is vervallen. De bezittingen en schulden van een dochtermaatschappij waarin de erflater of schenker een indirect aanmerkelijk belang houdt, worden toegerekend aan de houdstermaatschappij waarin hij een direct aanmerkelijk belang heeft.<sup>75</sup> Deze nieuwe regeling komt de eenvoud en uitvoering naar mijn mening zeer ten goede.

Bovendien waren door de uitleg van 'mede beleid bepalen' de faciliteiten ook van toepassing wanneer sprake was van een minimaal aandelenbezit, bijvoorbeeld in de situatie dat een erflater 5% van de aandelen hield in een houdstermaatschappij die op haar beurt 50% van de aandelen in een werkmaatschappij hield.<sup>76</sup> Het door de erflater gehouden belang in de werkmaatschappij was dan slechts 2,5%. Dat de verkrijging van dergelijke aandelen onder de faciliteiten viel, strookte niet met de bedoeling van de wetgever om reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren. In het oorspronkelijk voorstel voorkwam art. 35c, vijfde lid, onderdeel a Successiewet toepassing van de faciliteiten op dergelijke kleine belangen. Bij eerste nota van wijziging was nog bepaald dat in geval van een fictief aanmerkelijk belang toerekening van de bezittingen en schulden van een dochtermaatschappij enkel mogelijk was indien de houdstermaatschappij 100% van de aandelen in de dochtermaatschappij hield. In de tweede nota van wijziging is dit heldere beleid echter verlaten en is in art. 35c, vijfde lid, onder b nog een andere toerekeningsmogelijkheid opgenomen, vanwege 'signalen uit de praktijk'.<sup>77</sup> Wanneer een direct of indirect belang is verwaterd door bijvoorbeeld een overgang krachtens erfrecht of huwelijksvermogensrecht en de BOF niet van toepassing is, kan dit volgens de wetgever leiden tot grote problemen voor familiebedrijven. Toerekening is daarom ook mogelijk wanneer sprake is van een indirect aanmerkelijk belang van minder dan 5% en meer dan 0,5% mits:

- dat belang bij de rechtsvoorgangers krachtens erfrecht, huwelijksvermogensrecht of schenking een indirect belang vormde van 5%;
- dat belang uitsluitend is verwaterd tengevolge van vererving, overgang krachtens huwelijksvermogensrecht of schenking;
- het lichaam waarin het kleine indirecte belang gehouden wordt direct voorafgaand aan de verwatering een onderneming dreef of een kwalificerende medegerechtigdheid hield.

Bij een klein indirect aanmerkelijk belang is het dus van belang om vast te stellen hoe de verwatering van het oorspronkelijke indirecte aanmerkelijk belang is ontstaan. Is dat bijvoorbeeld verwaterd door uitgifte van nieuwe aandelen aan derden, dan kan toerekening niet plaatsvinden.

Wanneer het aandelenkapitaal van de vennootschap waarin de erflater/schenker een indirect aanmerkelijk belang hield, bestaat uit meerdere soorten aandelen geschiedt de toerekening met inachtneming van de waarde van die aandelen.<sup>78</sup>

## 5 Bezitseis/voortzettingseis

### 5.1 Bezitseis voor schenker en erflater

Vanaf 1 januari 2010 geldt voor bedrijfsopvolgingen bij overlijden dat de erflater gedurende het jaar voorafgaand aan zijn overlijden ondernemer moet zijn geweest,<sup>79</sup> om te voorkomen dat in het zicht van overlijden belast vermogen wordt omgezet in vrijgesteld vermogen. Bij schenking bedraagt deze termijn vijf jaar.

De bezitseis geldt ook voor de terbeschikkinggestelde onroerende zaak, en ook het beleggingsvermogen mag niet gedurende de een- of vijfjaarsperiode zijn gestort in het lichaam. Oppompconstructies in zicht van schenking of overlijden worden hierdoor geblokkeerd. In art. 9 van de Uitvoeringsregeling is bepaald dat bij een geruisloze terugkeer uit de BV en een geruisloze omzetting in een BV de periode daarvoor meetelt voor de berekening van de termijn. Wanneer een VOF-aandeel wordt omgezet in een commanditair aandeel, gaat voor de alsdan ontstane medegerechtigdheid geen nieuwe termijn lopen. Wanneer een ondernemer zijn onderneming inbrengt in een BV met uitzondering van de onroerende zaak, die vervolgens ter beschikking wordt gesteld aan de BV, gaat ook geen nieuwe bezitsperiode lopen ten aanzien van het pand. Bij een aandelenfusie, juridische fusie of juridische splitsing wordt de bezitsperiode van de verkregen en de afgestane aandelen bij elkaar gevoegd.

De bezitseis van één jaar in geval van overlijden kan naar mijn mening leiden tot overkill. Deze eis treft immers ook de bonafide ondernemer die onverhoopt overlijdt binnen een jaar nadat hij een onderneming heeft gestart of overgenomen. Er is geen sprake van misbruik wanneer de verkrijgers overigens aan de voorwaarden voldoen. In de ogen van de wetgever is wellicht wel

<sup>74</sup> Art. 7a, tweede lid Uitvoeringsregeling Successiewet.

<sup>75</sup> Zoals nu ook al is goedgekeurd: Besluit t.a.p., par. 4.2.

<sup>76</sup> Besluit t.a.p., par. 4.1.

<sup>77</sup> Kamerstukken II 2009-2010, 31 930, nr. 16, p. 12.

<sup>78</sup> Art. 35c, vijfde lid, voorlaatste zin Successiewet. Zie voor voorbeelden *Kamerstukken II 2008-2009*, 31 930, nr. 9, p. 99 e.v..

<sup>79</sup> Of medegerechtigde, aanmerkelijkbelanghouder, of bezitter van de ter beschikking gestelde onroerende zaak. Zie art. 35d Successiewet.

**80** Hetzelfde mogelijke misbruik wordt door de wetgever verondersteld bij NSW, zie *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 930, nr. 3, p. 63.

**81** Art. 9, vierde lid Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting.

**82** Art. 9, tweede lid Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting.

sprake van misbruik wanneer een toekomstig erflater (een deel van) de onderneming van zijn toekomstige erfgenaam (terug)koopt. Dan vererft immers ondernemingsvermogen waarop de faciliteiten van toepassing zijn, terwijl de bij de erflater aanwezige middelen waarmee erfbelasting had kunnen worden betaald, inmiddels naar de verkrijger zijn doorgeschoven als koopsom voor de onderneming.<sup>80</sup>

#### Voorbeeld 5

Vader heeft een vermogen van €1 miljoen bestaande uit effecten en liquide middelen. Zijn zoon en enig erfgenaam houdt alle aandelen in een BV die een onderneming drijft. Wanneer de zoon in zicht van het overlijden van de vader minimaal 5% van de aandelen verkoopt aan vader voor €1 miljoen, zullen bij vererving van de door vader gekochte aandelen de faciliteiten op dit pakket van toepassing zijn. De zoon heeft hierdoor tegen een zeer geringe belasting het vermogen van vader verkregen.

De bezitstermijn van één jaar in geval van overlijden dient naar mijn mening dan ook alleen te gelden wanneer de onderneming binnen deze termijn door de erflater is verkregen van een persoon die later de erfrechtelijke verkrijger blijkt te zijn.

Wanneer een verkrijger krachtens erfrecht of schenking zelf binnen één jaar na de verkrijging overlijdt, voldoet hij naar de letter van de wet niet aan de bezitseis van één jaar. In deze situatie wordt steeds geacht te zijn voldaan aan de bezitsperiode van één jaar, aangezien hier geen sprake kan zijn van misbruik.<sup>81</sup>

De bezitseis betekent dat de schenker of erflater gedurende de genoemde periode een 'echte' ondernemer moet zijn. De BOF wordt niet verleend indien gedurende die periode aandelen door de schenker/erflater zijn omgezet in preferente aandelen (tenzij in het kader van bedrijfsopvolging). Wanneer de preferente aandelen niet zijn ontstaan in het kader van bedrijfsopvolging, en deze worden omgezet in gewone aandelen, begint de referentieperiode naar mijn mening dus pas te lopen op het moment van omzetting in gewone aandelen.

Is eerst sprake van gewone aandelen die in het kader van bedrijfsopvolging worden omgezet in preferente aandelen, dan gaat de referentieperiode niet opnieuw lopen, omdat materieel aan de bezitseis is voldaan.<sup>82</sup>

## 5.2 Tweetrapsschenking of tweetrapsmaking

De vraag rijst hoe de bezitstermijn moet worden toegepast wanneer sprake is van een tweetrapsschenking of een tweetrapsmaking.

#### Voorbeeld 6

Stel vader schenkt een aanmerkelijkbelangpakket aan zoon A, met de bepaling dat hetgeen daarvan over is bij het overlijden van deze zoon A (de bezwaarde), toekomt aan zijn andere zoon B (de verwachter). Bij het overlijden van zoon A verkrijgt zoon B het aanmerkelijkbelangpakket. Dit is echter een verkrijging krachtens schenking (als vader nog leeft) of krachtens erfrecht (als vader al overleden is) afkomstig van vader. Vader voldeed echter op het moment van de verkrijging door zoon B niet aan de bezitstermijn als de schenking aan zoon A langer dan één jaar voor het overlijden van zoon A plaatsvond. Zoon A voldoet wel aan de bezitstermijn, maar er is geen sprake van een schenking of erfrechtelijke verkrijging afkomstig van zoon A.

Er is echter wel sprake van bedrijfsopvolging, en gelet op de ratio van de BOF dient naar mijn mening de bezitstermijn van zoon A de doorslag te geven. Kiest men voor de bezitstermijn van vader voorafgaand aan de schenking aan zoon A, dan is het mogelijk dat zoon A bijvoorbeeld na vijf jaar de betreffende aandelen verkoopt en vervolgens een ander kwalificerend aanmerkelijk verwerft (dat in beginsel in de plaats treedt van het bezwaarde vermogen). Wanneer dat pakket door vervulling van de voorwaarde toekomt aan zoon B, dient naar mijn mening de BOF toegepast te kunnen worden.

## 5.3 Voortzettingseis

**83** Art. 35e Successiewet.

De verkrijger moet voldoen aan een voortzettingseis van vijf jaar.<sup>83</sup> Hij mag in die periode niet ophouden winst te genieten of medegerechtigde te zijn. Wanneer de faciliteiten zijn toegepast op aanmerkelijkbelangaandelen, mogen deze niet worden vervreemd of worden omgezet in preferente aandelen en het desbetreffende lichaam mag niet ophouden winst te genieten. Ook voor de voortzettingseis voorziet de Uitvoeringsregeling in gevallen van geruisloze omzetting in een BV, geruisloze terugkeer uit een BV, aandelenfusie, juridische fusie en juridische splitsing.<sup>84</sup> De verkrijger dient in deze gevallen een verzoek te doen om de betreffende gebeurtenis niet als een vervreemding aan te merken.

**84** Art. 10 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting.

Voor een ter beschikking gestelde onroerende zaak geldt dat de verkrijger niet mag ophouden deze ter beschikking te stellen aan de onderneming en dat de onroerende zaak gedurende de vijfjaarsperiode aan de onderneming dienstbaar moet blijven. Wanneer een ter beschikking gestelde onroerende zaak binnen de vijfjaarsperiode wordt vervangen door een soortgelijke zaak (bijvoorbeeld bij verhuizing of uitbreiding) en dit er niet toe leidt dat de onderneming gestaakt wordt, wordt materieel gezien aan het voortzettingsvereiste voldaan. Ook deze situatie is in het Uitvoeringsbesluit geregeld.<sup>85</sup> De verkrijger moet de middelen terzake van de vervreemding van het pand binnen zes maanden aanwenden voor een nieuw pand dat ter beschikking wordt gesteld. Dit vervangende pand mag niet al in het bezit zijn van de verkrijger. Wanneer een ter beschikking gestelde onroerende zaak wordt ingebracht in de BV waarin de verkrijger alle aandelen houdt, wordt dit evenmin gezien als een vervreemding. Wanneer de ter beschikkingstelling eindigt wegens geruisloze terugkeer uit de BV, wordt de voortzettingstermijn niet onderbroken voor zover de onroerende zaak binnen de oorspronkelijk verkregen onderneming wordt gebruikt.

Het aangaan van een samenwerkingsverband betekent niet dat de verkrijger ophoudt winst te genieten, tenzij zijn gerechtigdheid tot de winst daardoor verder afneemt dan het aandeel in de winst waartoe hij voor de verkrijging was gerechtigd.<sup>86</sup> Dit is een codificatie van het Besluit.<sup>87</sup> Er is ook geen sprake van een gebeurtenis in de zin van art. 35e Successiewet als:<sup>88</sup>

- de verkrijger overlijdt binnen de vijfjaarsperiode, of diens nalatenschap binnen twee jaar wordt verdeeld;
- sprake is van een overgang onder algemene titel krachtens huwelijksvermogensrecht;
- als de huwelijksgemeenschap wordt ontbonden en het ondernemingsvermogen wordt toegescheiden aan de oorspronkelijke verkrijger.

Voor deze gevallen behoeft geen verzoek aan de inspecteur te worden gedaan.

## 6 Verdeling gemeenschap/nalatenschap

De BOF hield al rekening met de verdeling van een nalatenschap<sup>89</sup> of huwelijksgoederengemeenschap<sup>90</sup>. Art. 35f Successiewet blijft ook met deze verdelingen rekening houden. Bij een huwelijk in gemeenschap van goederen krijgt de langstlevende echtgenoot slechts voor de helft van het verkregen ondernemingsvermogen recht op de faciliteiten, indien het ondernemingsvermogen geheel aan hem of haar wordt toegedeeld. Art. 35f, tweede lid Successiewet vermeldt dat de faciliteiten voor de verkrijgende echtgenoot slechts van toepassing zijn voor zover de bij de verdeling verkregen gerechtigdheid tot het ondernemingsvermogen groter is dan de gerechtigdheid waartoe deze echtgenoot voor de verdeling gerechtigd was.

De wetgever legt de werking van deze bepaling in de memorie van toelichting ook uit voor het geval sprake is van een turboverdeling, gecombineerd met een vruchtgebruik ten behoeve van de langstlevende echtgenoot:<sup>91</sup> wanneer bij een turboverdeling<sup>92</sup> de langstlevende echtgenoot het vruchtgebruik verkrijgt en de kinderen de bloot eigendom, kan de echtgenoot voor de helft van het recht van vruchtgebruik een beroep doen op de faciliteit. De kinderen kunnen voor de gehele bloot eigendom de faciliteiten verkrijgen.

## 7 Schenking aanmerkelijk belang

Een groot knelpunt voor bedrijfsopvolging tijdens leven werd niet veroorzaakt door de schenkbelasting, maar door het ontbreken van een doorschuiffaciliteit in de inkomstenbelasting voor schenking van een aanmerkelijk belang. Inmiddels is deze doorschuifregeling ingevoerd.<sup>93</sup> Ik wijs erop dat de staatssecretaris de voorheen bestaande regeling volledig op zijn kop heeft gezet en de nieuwe regeling geheel optuigt als bedrijfsopvolgingsfaciliteit.<sup>94</sup>

De BOF en de doorschuifregeling in de inkomstenbelasting lopen echter niet parallel:

- voor de doorschuifregeling bij schenking geldt de eis dat de verkrijger reeds drie jaar in dienst was van de onderneming; deze eis geldt niet voor de BOF;
- wanneer een schenking 'onderlangs' plaatsvindt is wel de BOF van toepassing, maar kan de doorschuifregeling in de inkomstenbelasting niet worden toegepast;
- een vordering van (de houdstermaatschappij van) de erflater/schenker terzake van de overdracht van de (werk-)BV aan de bedrijfsopvolger, wordt fictief als ondernemingsvermogen beschouwd voor de toepassing van de doorschuifregeling, mits deze is ontstaan voor 1 januari 2010. Voor de BOF kan een dergelijke vordering niet als ondernemingsvermogen gekwalificeerd worden.

<sup>85</sup> Art. 10, eerste lid, onderdeel f Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting.

<sup>86</sup> Art. 35e, tweede lid Successiewet.

<sup>87</sup> Besluit t.a.p., par. 6.

<sup>88</sup> Art. 10, zesde en zevende lid Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting.

<sup>89</sup> Artikel 53a Successiewet.

<sup>90</sup> Besluit t.a.p., par.5.2.

<sup>91</sup> *Kamerstukken II*, 2008-2009, 31 930, nr. 3, p.41.

<sup>92</sup> Alle goederen en schulden van de gemeenschap worden aan de nalatenschap toegedeeld.

<sup>93</sup> Artikel 4.17 a e.v. Wet Inkomstenbelasting 2001.

<sup>94</sup> De Raad van State wijst erop dat de oorspronkelijke doorschuifregeling voor aanmerkelijkbelang-aandelen opgenomen is om cumulatie van inkomstenbelasting en successierecht te voorkomen en de ib-claim voor de fiscus te behouden.

Voor een bespreking van de doorschuifregeling verwijs ik naar de bijdrage van M.J.A.M. van Gijlswijk.

## 8 Tot slot

Afgezien van de fundamentele discussie over noodzaak en vorm van de BOF, heeft de wetgever een eenvoudigere regeling opgezet en een aantal knelpunten opgelost. De verschillen tussen:

- ib-ondernemers en ab-ondernemers,
- bedrijfsopvolging bij leven of na overlijden,
- direct of indirect aandeelhouderschap in een ondernemende vennootschap, zijn grotendeels weggenomen.

Helaas leidt de aannname van amendement nr. 79 tot een onnodig gecompliceerde regeling. De wetgever had er eveneens goed aan gedaan om strak vast te houden aan een 'echt' aanmerkelijk belang.

De regeling inzake de preferente aandelen zal ongetwijfeld aanleiding geven tot veel vragen in de praktijk.

Uiteindelijk was het eenvoudiger geweest om een 100% vrijstelling in te stellen, voor ieder aanmerkelijk belang.

De doorschuifregeling in de Wet IB 2001 en de BOF in de Successiewet 1956 zijn niet geheel op elkaar afgestemd.

Het is nu nog wachten op de aanpassing van het Besluit uit 2007.

---

# BEDRIJFSOPVOLGING IN DE INKOMSTENBELASTING MET INGANG VAN 2010: MAG HET IETSJE EENVOUDIGER?

drs. M.J.A.M. van Gijlswijk

## 1 Inleiding

Op 22 december 2009 heeft de Eerste Kamer het wetsvoorstel Overige Fiscale Maatregelen 2010 aangenomen.<sup>1</sup> Daardoor zijn met name in de aanmerkelijkbelangsfeer en de sfeer van de terbeschikkingstellingsregeling de bedrijfsopvolgingsregels gewijzigd met ingang van 1 januari 2010. In dit artikel ga ik in op deze nieuwe wetgeving. Volledigheidshalve bespreek ik daarbij summier ook de regels voor de inkomstenbelastingonderneming, zodat een totaalbeeld van de bedrijfsopvolgingsregelingen in de inkomstenbelasting en invorderingsfeer naar voren komt. Dit totaalbeeld schetst vooral een wirwar van specifieke regels. Er is weinig lijn in te ontdekken. Waar mogelijk geef ik aanbevelingen voor verbetering. Waar nodig stip ik tevens de verschillen met de bedrijfsopvolgingsregeling in de Successiewet 1956 aan. Voor een uitgebreide bespreking van deze bedrijfsopvolgingsregeling verwijs ik naar de bijdrage van S.A.M. de Wijkerslooth-Lhöest.

## 2 Bedrijfsopvolging bij overlijden

### 2.1 Aanmerkelijk belang

**2.1.1 Tot 2010** Indien een natuurlijke persoon die in het bezit is van aanmerkelijkbelang-aandelen, overlijdt, veroorzaakt dit overlijden een vervreemding van dat aanmerkelijk belang tegen de waarde in het economische verkeer.<sup>2</sup> Tot 2010 bleef afrekening over de aanmerkelijkbelangwinst achterwege indien de aandelen vererfd werden naar een binnenlandse belastingplichtige én de aandelen niet gingen behoren tot een ondernemingsvermogen of resultaatvermogen van de verkrijger. Alsdan bleef afrekening bij de erflater achterwege en ging de verkrijger door met de verkrijgingsprijs van de erflater.<sup>3</sup> De erflater hoefde dan pas zijn aanmerkelijkbelangclaim af te rekenen bij vervreemding van de aandelen of uitkering van dividend. Dit 'doorschuiven' was de hoofdregel én ging automatisch. Men kon ook kiezen voor afrekening, maar daar moest dan wel expliciet om worden verzocht bij de aangifte van de erflater.<sup>4</sup> Dit was ook logisch omdat het doorschuiven van de verkrijgingsprijs historisch was ingegeven om te voorkomen dat er een heffingslek zou ontstaan en niet zo zeer omdat de wetgever vond dat er bij overlijden moest worden afgerekend.<sup>5</sup>

Tot 2010 werden géén eisen gesteld aan de activiteiten van de vennootschap; het was indifferent of de vennootschap een onderneming dreef of slechts beleggingen bezat. Opgemerkt wordt dat in de aanmerkelijkbelangsfeer geen bezitseis van 1 jaar én géén 5-jaarvoortzettingseis wordt gesteld zoals in de Successiewet. Dit blijft bij vererving ook gelden onder de nieuwe regels. In de Successiewet kent de bedrijfsopvolgingsregeling een vrijstelling van 100% voor de waarde van de objectieve onderneming tot €1 miljoen. Daarboven is 83% vrijgesteld. Deze vrijstellingsproblematiek, en alle perikelen die daaraan kleven bij samenwerkingsverbanden en vennootschappen met meerdere aandeelhouders, vinden we in de inkomstenbelastingregeling (gelukkig) niet terug.

**2.1.2 Vanaf 1 januari 2010: beperking doorschuiffaciliteit tot ondernemingsvermogen in binnenlandse verhoudingen** Met ingang van 2010 wordt de overgang krachtens erfrecht slechts niet als vervreemding aangemerkt, indien:

- de vennootschap waarop de aandelen of winstbewijzen betrekking hebben een onderneming drijft;
- géén sprake is van een zogenoemd meetrekaanmerkelijkbelang, en
- de verkrijger binnenlandse belastingplichtige is én de aandelen geen deel gaan uitmaken van het vermogen van een voor zijn rekening gedreven onderneming of resultaat uit overige werkzaamheden.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Voorstel van wet houdende wijziging van enkele belastingwetten en enige andere wetten (Overige fiscale maatregelen 2010), nr. 32 129. Dit wetsvoorstel is aangenomen op 22 december 2009 door de Eerste Kamer en als Wet van 23 december 2009 tot wijziging van enkele belastingwetten en enige andere wetten (overige fiscale maatregelen 2010) gepubliceerd in Staatsblad van 29 december 2009, jaargang 2009, nr. 610. Gemakshalve spreek ik in dit artikel van de Wet Overige Fiscale Maatregelen 2010.

<sup>2</sup> Art. 4.16, eerste lid, onderdeel e en art. 4.22 Wet IB 2001.

<sup>3</sup> Art. 4.39, eerste lid Wet IB 2001.

<sup>4</sup> Art. 4.38 Wet IB 2001.

<sup>5</sup> De Raad van State gaat uitgebreid in op de achtergrond van de doorschuiffaciliteiten. Zie *Kamerstukken II* 2009-2010, 32 129, nr. 4, p. 3.

<sup>6</sup> Art. 4.17a, eerste lid 1 Wet IB 2001. Bij een overgang krachtens erfrecht onder bijzondere titel (legaten) moet de overgang bovendien plaatsvinden binnen 2 jaar na het overlijden.

Als aan deze voorwaarden is voldaan, is géén sprake van een vervreemding voor zover de vennootschap een onderneming drijft. Technisch wordt dit vorm gegeven door het deel van de overdrachtsprijs van de aandelen, dat toerekenbaar is aan het ondernemingsvermogen buiten beschouwing te laten. Ofwel: er wordt afgerekend over de waarde voor zover er beleggingen aanwezig zijn in de vennootschap.

De achtergrond is, dat de wetgever de overgang van beleggingsvermogen niet meer wilde faciliteren, omdat in dat geval de economische bedrijvigheid niet in gevaar komt. Er zijn immers voldoende liquide middelen aanwezig om de belasting te betalen en er is geen gevaar voor discontinuïteit van een onderneming. Letterlijk spreekt de memorie van toelichting:<sup>7</sup>

<sup>7</sup> Kamerstukken II 2009-2010, 32 129, nr. 3, p. 3.

'Voor zover in de BV beleggingsvermogen aanwezig is, bestaat er geen bedrijfseconomische reden om bij de vervreemding van de aandelen door schenking of door vererving geruisloos door te schuiven.'

Bovendien wordt er een gelijkschakeling bereikt tussen de nieuwe doorschuifregeling bij schenken. De Raad van State merkte op dat dit geen dragende motivering is. De doorschuifregeling in het aanmerkelijk belang was tot 2010 immers slechts een waarborg voor claimbehoud en niet zozeer een bewust afrekenmoment.<sup>8</sup> De staatssecretaris heeft het advies van de Raad van State naast zich neergelegd.

<sup>8</sup> Kamerstukken II 2009-2010, 32 129, nr. 4, p. 3.

Nieuw is ook dat doorschuiving niet meer automatisch plaatsvindt, maar dat dit alleen op verzoek van de gezamenlijke belanghebbenden wordt verkrijgen. Hoofregel is dus afrekening, doorschuiven is de uitzondering. Het verzoek moet schriftelijk worden gedaan bij de inspecteur die is belast met de aanslagregeling van de erflater.<sup>9</sup> Het moet ook worden ondertekend door alle belanghebbenden. Het verzoek staat daarmee los van de (laatste) aangifte inkomstenbelasting van de erflater. Het is aan te bevelen dat de Belastingdienst in de toelichting bij het aangiftebiljet voldoende ruchtbaarheid geeft aan deze doorschuifmogelijkheid, zodat ongewenste afrekeningen achterwege blijven.

<sup>9</sup> Art. 26a, eerste lid Uitvoeringsregeling IB 2001.

**2.1.3 Ondernemingsvermogen** Voor de inkomstenbelasting is dus nieuw dat bekeken moet worden of de vennootschap een onderneming drijft. Voor het ondernemingsbegrip wordt gekeken naar het ondernemingsbegrip voor inkomstenbelasting-ondernemers als bedoeld in art. 3.2 Wet IB 2001. Meestal zal het geen probleem zijn om te bepalen of, en in hoeverre er sprake is van een onderneming. Bovendien is er nog een marge van 5% van de waarde van de onderneming, tot waar beleggingen tot het ondernemingsvermogen worden geacht te behoren, zodat niet over elke belegging hoeft te worden gediscussieerd. In het grensgebied zal wel de nodige discussie ontstaan. Denk hierbij vooral aan vennootschappen met uitgebreide vastgoedportefeuilles. Het ondernemersbegrip zal een bron van discussie gaan worden is mijn stellige verwachting. Ook zullen belastingplichtigen hun beleggingsactiviteiten gaan *upgraden* tot een onderneming. Het geldelijk belang is immers groot; direct 25% aanmerkelijk belang betalen of langdurig heffingsuitstel genieten en misschien zelfs afstel als in de toekomst wordt geëmigreerd.

Een medegerechtigdheid, zoals een commanditair aandeel in een besloten CV, vormt geen onderneming. Toch kan de doorschuiffaciliteit in de inkomstenbelasting worden benut mits de medegerechtigdheid een rechtstreekse voortzetting vormt van een eerder door de vennootschap gedreven onderneming en de aandelen worden verkregen door de beherende vennoot of door degene die enige aandeelhouder is van de beherende vennoot.<sup>10</sup> De bepaling is zo vorm gegeven dat commandieten-beleggers, zoals commandieten in een scheepvaart-CV, meestal geen gebruik kunnen maken van de bedrijfsopvolgingsregeling. Deze bepaling in de inkomstenbelasting komt geheel overeen met die in de bedrijfsopvolgingsregeling in de Successiewet.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> Art. 4.17a, vierde lid Wet IB 2001.

<sup>11</sup> Art. 35c, eerste lid, onderdeel c jo. derde lid Successiewet.

#### Voorbeeld 1

A houdt alle aandelen in BV X. BV X is samen met Z maat in maatschap P. Maatschap P drijft een fietsenwinkel. In 2006 is de maatschap omgevormd tot CV P. BV X heeft zijn maatschapsaandeel omgezet in een commanditaire participatie. Z is beherend vennoot van de CV geworden. Indien A overlijdt, is de doorschuiffaciliteit in het aanmerkelijk belang alleen van toepassing indien de aandelen vererven naar Z (of een 100% BV van Z).



Het voorgaande voorbeeld leert dat aandeelhouders van commandieten-BV's hun testament goed moeten vormgeven. Zou A gehuwd zijn en zijn aandelen in BV X zouden vererven naar zijn echtgenote, dan kan de echtgenote geen gebruik maken van de doorschuifregeling. A's testament moet dus bepalen dat de aandelen vererven naar Z als gebruik gemaakt wil worden van de doorschuifregeling. In paragraaf 2.1.7. zullen we zien dat dit op overeenkomstige wijze geldt voor vererving van (vennootschappen met) preferente aandelen.

In de Uitvoeringsregeling is geen versoepeling opgenomen voor situaties waarin een commanditaire participatie een andere juridische jas krijgt aangemeten. Bijvoorbeeld als de commanditaire participatie geruisloos is ingebracht in een BV met toepassing van art. 3.65 Wet IB 2001. Naar de letter van de wet voldoet de BV niet aan de voorwaarden voor doorschuiving omdat niet sprake is van een voortzetting van een 'eerder door de BV gedreven onderneming'. Naar de bedoeling zal de doorschuiffaciliteit wel van toepassing moeten zijn, is mijn opvatting. Een vordering sec vormt geen objectieve onderneming. Indien Holding BV in het verleden een dochtervennootschap heeft overgedragen aan een kind (of holding van het kind) tegen schuldig erkenning van de koopsom, vormt deze vordering voor Holding BV geen ondernemingsvermogen.

Ten aanzien van vorderingen die zijn ontstaan voor 2010 geldt echter dat deze bij wijze van fictie als ondernemingsvermogen worden gekwalificeerd. Deze overgangsregeling geldt alleen voor de inkomstenbelasting bij overlijden. Zij geldt niet voor de erfbelasting en ook niet voor de inkomstenbelastingfaciliteit bij schenking (zie paragraaf 3).

Indien sprake is van een holdingstructuur zal de vraag of, en in hoeverre, er sprake is van een onderneming moeten worden bezien op geconsolideerde basis. De toerekening van de bezittingen van een dochtermaatschappij mogen worden toegerekend aan de hoger liggende vennootschap, indien de erflater in de dochtermaatschappij indirect een aanmerkelijk belang bezit.<sup>12</sup> Zijn er meerdere soorten aandelen, dan vindt de toerekening plaats naar rato van de waarde in het economische verkeer van de aandelen.

**2.1.4 Belastingheffing bij vererving ondernemingsvermogen** Het geldelijk belang is nog groter dan de hiervoor genoemde 25% directe heffing, als wordt bedacht, dat ook in de sfeer van de erfbelasting alleen gebruik kan worden gemaakt van de vrijstelling voor bedrijfsopvolgingen indien en voor zover er sprake is van een onderneming. Deze vrijstelling bedraagt 100% voor het ondernemingsvermogen tot een bedrag van €1 miljoen. Daarboven is 83% vrijgesteld. De gecombineerde inkomstenbelasting- en erfbelastingclaim kan oplopen tot 40% bij een vererving van ouders naar kinderen. Immers naast de 25% inkomstenbelasting over de aanmerkelijkbelangwinst, is ook nog maximaal 20% erfbelasting verschuldigd over de nalatenschap, die bestaat uit de verkregen aandelen en de inkomstenbelastingsschuld. Per saldo is de nalatenschap dus 75% van de waarde van de aandelen, indien de verkrijgingsprijs nihil bedraagt. Dit kan een aanmerkelijke aanslag zijn op de liquiditeiten van het kind.

#### Voorbeeld 2

A bezit alle aandelen in BV X. De activiteiten van BV X bestaan uitsluitend uit beleggingen. A overlijdt en de aandelen vererven naar zijn zoon B (30 jaar). De waarde van de aandelen bedraagt ten tijde van het overlijden €1 miljoen. De verkrijgingsprijs van A is nihil. Bij overlijden is A 25% inkomstenbelasting verschuldigd over de aanmerkelijkbelangwinst van €1 miljoen; €250.000. Daarnaast is B nog eens €119.226<sup>13</sup> aan erfbelasting verschuldigd over zijn verkrijging van €750.000. In totaal is dus direct €369.226 aan belasting verschuldigd.

**2.1.5 'Overlijdensdividend'** Indien kind B uit het vorige voorbeeld niet voldoende liquiditeiten bezit, zal hij dividend moeten uitkeren uit BV X. Dit kan op verzoek zonder aanmerkelijkbelangheffing,<sup>14</sup> indien het dividend binnen 24 maanden wordt uitgekeerd en het dividend niet uitgaat boven het bedrag dat bij de erflater in aanmerking is genomen (lees: overdrachtprijs voor zover toerekenbaar aan de beleggingen). Wel wordt alsdan de verkrijgingsprijs van B verlaagd met het bedrag dat hij aan dividend heeft ontvangen. Voor de inkomstenbelasting zal de ontvanger van het dividend een verzoek moeten doen aan de Belastingdienst. Dit verzoek zal vermoedelijk moeten worden gedaan bij de aangifte inkomstenbelasting, maar wellicht is het verzoek vormvrij. De toelichting is hier niet duidelijk over. Uit de Uitvoeringsbeschikking dividendbelasting kan worden afgeleid, dat het verzoek om toepassing van art. 4.12a Wet IB 2001 in ieder geval mag plaatsvinden na de dividenduitkering. In art. 1ab Uitvoeringsbeschikking dividendbelasting staat immers dat de opbrengstgerechtigde (lees: erfgenaam) vóór de dividenduitkering aan de vennootschap moet verklaren dat hij in de inkomstenbelasting

<sup>12</sup> Art. 4.17a, vijfde lid, onderdeel b Wet IB 2001 bevat nog een regeling voor indirecte fictieve aanmerkelijk belangen tussen de 0,5% en 5%, die zijn ontstaan uit een gewoon (5% of meer) indirect aanmerkelijk belang, de daling onder de 5% veroorzaakt is door vererving, huwelijk of schenking en de dochtervennootschap een onderneming dreef voorafgaand aan de verwatering. Deze regeling blijft hier buiten beschouwing.

<sup>13</sup> De belastbare verkrijging bedraagt €731.000 in verband met de vrijstelling van €19.000 voor meerderjarige kinderen. Over dit bedrag is €119.226 erfbelasting verschuldigd ( $10\% \times €118.000 + 20\% \times €613.000$ ).

<sup>14</sup> Art. 4.12a Wet IB 2001.

een verzoek om toepassing van art. 4.12a Wet IB 2001 *zal doen*. Als het verzoek om zonder inhouding van dividendbelasting het dividend uit te keren direct voorafgaand aan de dividenduitkering wordt gedaan, kan het verzoek om art. 4.12a Wet IB 2001 logischerwijs pas na de dividenduitkering worden gedaan.

<sup>15</sup> Art. 4e Wet op de dividendbelasting 1969.

<sup>16</sup> Art. 1ab Uitvoeringsbeschikking dividendbelasting 1965.

Het 'overlijdensdividend' kan ook zonder dividendbelasting worden uitgekeerd.<sup>15</sup> Zoals gezegd, dient de opbrengstgerechtigde vóór de dividenduitkering een schriftelijk verzoek te doen aan de inhoudingsplichtige vennootschap.<sup>16</sup> Deze zal de verklaring moeten bewaren in zijn administratie. Onduidelijk is wat er gebeurt indien het art. 4.12a-verzoek (onbedoeld) achterwege blijft. Naar mijn mening kan dan ten principale niet de dividendbelasting worden nageheven. De inhoudingsplichtige heeft immers voldaan aan de voorwaarde en blijft dat ook doen. Alsdan kan alleen in de inkomstenbelasting worden gesanctioneerd. Er zal geheven moeten worden alsof er een netto-dividend is uitgekeerd, dat wil zeggen heffen over het gebruteerde dividend. Vraag is wel wat de waarde is van een verklaring van een 100% aandeelhouder aan zijn BV. Als de verklaring niet de wil van de partijen aangeeft, én de BV is zich daarvan bewust, dan lijkt naheffing van dividendbelasting wel mogelijk.

Indien BV X vermogensbestanddelen zou moeten verkopen om voldoende cash dividend uit te kunnen keren, wordt ook nog eens liquiditeit onttrokken via de vennootschapsbelasting die alsdan verschuldigd is. Het bovenstaande maakt duidelijk dat het vererven van beleggings-BV's van 1 januari 2010 in veel gevallen veel duurder is geworden dan daarvoor, ondanks dat de tarieven in de erfbelasting zijn gedaald. De VBI voor aanmerkelijkbelanghouders verliest daarmee veel van zijn aantrekkelijkheid.<sup>17</sup>

<sup>17</sup> Zie ook E.J.W. Heithuis, Notitie fiscale positie directeur-groootaandeelhouder: een reactie, WFR 2009/889.

**2.1.6 Vererving preferente aandelen** Preferente aandelen kunnen alleen delen in de doorschuiffaciliteit, indien:

- de preferente aandelen een omzetting vormen van een eerder door de erflater gehouden aanmerkelijk belang van gewone aandelen;
- de omzetting gepaard is gegaan met het toekennen van gewone aandelen aan een ander;
- de vennootschap ten tijde van de omzetting een onderneming dreef, én
- de verkrijger van de preferente aandelen reeds voor ten minste 5% van het geplaatste kapitaal aandeelhouder is van gewone aandelen.

Deze vereisten komen overeen met de eisen die zijn gesteld aan preferente aandelen in de Successiewet. Ook voor de inkomstenbelasting geldt dat niet is omschreven wat precies moet worden verstaan onder (cumulatief) preferente aandelen of onder 'gewone' aandelen. Aandelen die volledig delen in de winstreserves en de liquidatieopbrengsten worden in ieder geval niet als preferente aandelen aangemerkt. Alle daarvan afwijkende aandelen kunnen preferente aandelen vormen, als wij de staatssecretaris mogen geloven.

'De leden van de CDA-fractie vragen de regering nader invulling te geven aan het begrip preferente aandelen uit artikel 35c, vierde lid van de Successiewet 1956 en vragen of de regering van mening is dat zolang de aandelen volledig delen in de winstreserves en liquidatieopbrengsten, ze niet als preferente aandelen kwalificeren en elke vorm die hiervan afwijkt nu of later door de regering aangemerkt kan worden als preferente aandeel. Met de leden van deze fractie ben ik van mening dat zolang aandelen volledig delen in de winstreserves en liquidatieopbrengsten, ze niet als preferente aandelen kwalificeren en dat elke vorm die hiervan afwijkt, nu of later, kan worden aangemerkt als preferente aandeel.'<sup>18</sup>

<sup>18</sup> Kamerstukken II, 2009–2010, 31 930, nr. 13, p. 25.

Indien het begrip preferente aandelen zo streng wordt uitgelegd als hierboven is weergegeven, zal het nog de nodige procedures opleveren, vermoed ik. In ieder geval zal het wrevel opleveren bij belastingplichtigen die min of meer in dezelfde situatie verkeren. Ik denk hierbij aan het volgende praktijkvoorbeeld. X en zijn zus Y bezitten allebei 50% van het geplaatste aandelenkapitaal in Bouwonderneming BV Z. Bouwonderneming BV Z krijgt de mogelijkheid om deel te nemen aan project Q. X en Y zijn het niet eens over de winstpotentie van project Q. X ziet het project wel zitten en Y niet. Om die reden zijn de statuten gewijzigd, waarbij twee soorten aandelen zijn ontstaan. De aandelen van X krijgen recht op 50% van het resultaat en vermogen exclusief het project Q. Van project Q komt aan de aandelen van X primair een vergoeding toe voor het werkkapitaal dat benodigd is voor project Q, vermeerderd met de overwinst op project Q. De aandelen van Y wijken slechts af van de aandelen van X op het punt van de overwinst op project Q. Vormen de aandelen van Y nu preferente aandelen? Dat kan toch niet waar zijn? Dat zou namelijk betekenen dat ten aanzien van de aandelen van Y alleen gebruik gemaakt kan worden van de doorschuiffaciliteit als de aandelen vererven naar X. Na afloop van project Q (en

uitkering van de overwinst aan X) zijn de aandelen van X en Y weer gelijk. Vallen de aandelen van Y dan weer onder de regels voor 'normale' aandelen?

Evenals voor de erfbelasting geldt dat voor het bepalen van het 5%-belang van de verkrijger, het geplaatste kapitaal van de preferente aandelen buiten beschouwing mag blijven. De verkrijger moet dus ten minste 5% van de gewone aandelen bezitten.<sup>19</sup>

Bedacht moet worden dat de wettelijke omschrijving uitgaat van een grondvorm van een bedrijfsopvolgingsregeling waarbij cumulatief preferente aandelen ontstaan en gewone aandelen worden uitgereikt. Er zijn echter vele varianten op deze grondvorm. Zo kunnen cumulatief preferente aandelen zijn ontstaan door een aandelenruil, juridische fusie of splitsing of door een bedrijfsfusie als bedoeld in art. 14 Wet Vpb 1969. De staatssecretaris is ook tegemoet gekomen aan de kritiek uit de praktijk en heeft in art. 26b Uitvoeringsbesluit inkomstenbelasting vastgelegd, dat ook deze vormen kwalificeren. De vraag rijst waarom een en ander niet is vastgelegd in de wettekst. Als het lukt om een tekst te formuleren voor het Uitvoeringsbesluit moet het toch ook lukken om een wettekst te formuleren, zo komt het mij voor.

Wat niet kwalificeert voor de doorschuiffaciliteit, zijn cumulatief preferente aandelen die zijn ontstaan door het omzetten van leningen. In de praktijk wordt dit wel gedaan uit solvabiliteitsoverwegingen of om de *thin capitalisation* regels van art. 10d Wet Vpb 1969 te voorkomen of de sanctie daarvan te verzachten. In die gevallen gaat het voor de inkomsten- en erfbelasting dus fout. De cumulatief preferente aandelen zijn niet op de juiste manier ontstaan. Voorts blijkt uit het voorgaande dat de cumulatief preferente aandelen 'de juiste kant' op moeten vererven, namelijk naar een persoon die reeds 5% van het geplaatste kapitaal van de gewone aandelen bezit. In de toelichting op het Uitvoeringsbesluit inkomstenbelasting is het volgende voorbeeld opgenomen.

#### Voorbeeld 3

G en H zijn met elkaar gehuwd op huwelijkse voorwaarden en hebben één kind D. G is enig aandeelhouder van BV Y. G zet deze aandelen om in preferente aandelen, terwijl de BV nieuwe gewone aandelen uitreikt aan D. Enige tijd daarna overlijdt G zonder bij testament over zijn nalatenschap te hebben beschikt. G's preferente aandelen in BV Y worden nu verkregen door zijn vrouw H. In deze situatie is de doorschuiffaciliteit niet van toepassing ter zake van het overlijden van G en de daarmee gepaard gaande vervreemding van de aandelen aan H, omdat H niet de houder is van de gewone aandelen. Art. 26b Uitvoeringsregeling inkomstenbelasting 2001 brengt daarin geen verandering, omdat H niet de beoogde bedrijfsopvolger is.

Ingeval de aandelen vervolgens van H naar D zouden vererven, zou opnieuw geen gebruik kunnen worden gemaakt van de doorschuifregeling omdat H de cumulatief preferente aandelen niet hield als gevolg van een omzetting van eerder door H gehouden gewone aandelen. Dit gevolg is niet wenselijk omdat D de beoogde bedrijfsopvolger is en, via 'tussenkost' van H, de preferente aandelen alsnog krachtens erfrecht verkrijgt. Dit is ook geregeld in de Uitvoeringsregeling. Wat niet is geregeld, evenals bij medegerechtigdheden, is als cumulatief preferente aandelen op de juiste manier zijn ontstaan, maar vervolgens worden overgedragen aan een vennootschap. Een direct belang wordt gewijzigd in een indirect belang. Wat gaat er in dat geval fout? Indien A een pakket cumulatief preferente aandelen in BV W, die op de juiste manier zijn ontstaan, inbrengt in een Holding-BV, houdt deze Holding BV alleen de cumulatief preferente aandelen. Dit aandelenpakket vormt op zichzelf geen onderneming voor Holding-BV. Bij het overlijden van A vererven de aandelen in Holding-BV. Deze drijft echter geen onderneming, zodat de doorschuiffaciliteit in de inkomstenbelasting niet van toepassing is. Dat is slechts anders indien de onderneming van BV W mag worden toegerekend aan Holding-BV. Volgens de laatste volzin van art. 4.17a, vijfde lid kan die toerekening echter niet plaatsvinden. In art. 26b, derde lid, onderdeel a van de Uitvoeringsregeling inkomstenbelasting 2001 staat namelijk dat toerekening alleen mogelijk is indien onder andere 'de preferente aandelen een omzetting vormen van een eerder door de erflater gehouden indirect belang.' En dat is nu niet het geval. A had immers zijn direct gehouden belang omgezet. Voorts is de slotzin van het derde lid niet van toepassing omdat de cumulatief preferente aandelen niet zijn uitgegeven in het kader van een aandelenfusie, bedrijfsfusie, juridische fusie of splitsing. Eenzelfde problematiek geldt in art. 8 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting. Aldaar is het helemaal opvallend dat deze problematiek niet geregeld is. Voor de één- resp. vijfjaarsbezitsei en de voortzettingsvereisten is namelijk wel voor vrijwel alle juridische omzettingen een voorziening getroffen. Voor de hoofdregel - namelijk of wel of niet sprake is van ondernemingsvermogen - is dat niet geregeld.

<sup>19</sup> Art. 26b, vijfde lid Uitvoeringsregeling IB 2001. In art. 8, vijfde lid Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting is een identieke bepaling opgenomen voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsregeling in de Successiewet.

Het niet kunnen toepassen van de doorschuifregeling lijkt mij dan ook niet de bedoeling. Ik pleit voor aanpassing van Uitvoeringsregelgeving op dit punt.

Ik besef overigens heel goed dat het voorgaande voorbeeld geen wereldschokkende gevolgen heeft. Het illustreert echter perfect dat de regelingen zo gedetailleerd zijn geworden, dat het voor de belastingplichtigen nog nauwelijks te bevatten is. En was vereenvoudiging nu niet een van de hoofddoelstellingen van met name de wijzigingen in de Successiewet? Ik concludeer dat van deze vereenvoudigingsdoelstelling weinig terecht is gekomen.

Het is enerzijds begrijpelijk dat de wetgever de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten beperkt tot overdrachten aan de bedrijfsopvolgers die reeds aandelen bezitten. Daarmee wordt de faciliteit budgettair beperkt en voorkomt men mogelijk ook discussies over het gelijkheidsbeginsel. Anderzijds kan er ook ingeval de cumulatief preferente aandelen vererven naar bijvoorbeeld een kind dat geen 5% van de gewone aandelen bezit, een liquiditeitsprobleem ontstaan, en daarmee kan de continuïteit van de onderneming worden bedreigd. Ook dan zal immers de inkomsten- en erfbelasting (vermoedelijk) moeten worden betaald uit (dividenden uit) de vennootschap, waardoor de onderneming in problemen kan geraken. De beperking tot bedrijfsopvolgers, gedefinieerd als personen die reeds gewone aandelen bezitten, spreekt mij daarom in het geheel niet aan.

### 2.1.7 Vererving naar buitenlandse belastingplichtigen

**2.1.7.1 Vererving van een binnenlandse erflater naar een buitenlandse verkrijger** Hiervoor is de situatie besproken waarin aandelen vererven tussen in Nederland woonachtige erflaters en verkrijgers. Indien aandelen vererven naar een in het buitenland woonachtige verkrijger, kan geen gebruik worden gemaakt van de doorschuifregeling. In principe moet dan ook worden afgerekend over de volle waarde. De aanslag die volgt hoeft echter niet direct volledig betaald te worden. Op verzoek van de gezamenlijke belanghebbenden wordt namelijk een conserverende aanslag opgelegd. De conserverende aanslag betreft het verschil tussen de berekende belasting en de belasting die zou zijn verschuldigd indien de verkrijger in Nederland zou hebben gewoond.<sup>20</sup> Kort samengevat: de aanmerkelijkbelangwinst die gerelateerd is aan de beleggingen in de vennootschap moet wel direct worden afgerekend. Voor de aanmerkelijkbelangwinst die is gerelateerd aan de onderneming van de vennootschap, wordt een conserverende aanslag opgelegd.

<sup>20</sup> Art. 2.8, vijfde lid Wet IB 2001.

<sup>21</sup> Art. 28, tweede lid Invorderingswet 1990.

<sup>22</sup> Art. 25, achtste lid Invorderingswet 1990.

<sup>23</sup> Art. 2, eerste lid Uitvoeringsregeling Invorderingswet 1990.

<sup>24</sup> Art. 26, tweede lid Invorderingswet 1990.

Voor de conserverende aanslag wordt renteloos<sup>21</sup> uitstel van betaling<sup>22</sup> verleend tot uiterlijk het begin van het 10e kalenderjaar na het kalenderjaar van emigratie. Voor EU-inwoners en inwoners van Noorwegen en IJsland wordt het uitstel van betaling automatisch verleend en hoeft ook geen zekerheid te worden gesteld. Andere verkrijgers moeten wel een schriftelijk verzoek indienen en zekerheid stellen.<sup>23</sup> Na 10 jaar wordt het nog openstaande bedrag van de conserverende aanslag kwijtgescholden.<sup>24</sup> Uiteindelijk is daarmee de Nederlandse aanmerkelijkbelangclaim afgeschud.

Het uitstel van betaling wordt ingetrokken, indien de aandelen worden vervreemd, indien kapitaal wordt terugbetaald of de reserves van de vennootschap nagenoeg geheel worden uitgekeerd. Bij een aandelenruil, juridische fusie of splitsing, wordt het uitstel geheel voortgezet. De verkregen aandelen treden in de plaats van de ingebrachte aandelen. Bij schenking en vererving aan een buitenlandse belastingplichtige wordt het uitstel van betaling ook voortgezet op schriftelijk verzoek. Het uitstel van betaling wordt echter alleen voortgezet voor zover er ondernemingsvermogen aanwezig is. Is het ondernemingsvermogen tussen het eerste overlijden en tweede overlijden omgezet in beleggingen, dan wordt het uitstel van betaling in zoverre niet voortgezet.

Bij schenking moeten de aandelen dan wel vererven naar een persoon die al 36 maanden in dienst is bij de vennootschap (of een dochtermaatschappij). Vererven de aandelen naar, of worden de aandelen geschonken aan een in Nederland woonachtige natuurlijke persoon, dan wordt het uitstel van betaling voortgezet voor zover er nog ondernemingsvermogen in de vennootschap aanwezig is.

**2.1.7.2 Verkrijging van een buitenlandse erflater** Een buitenlandse erflater heeft in principe alleen iets te maken met de Nederlandse doorschuifregeling in de aanmerkelijkbelangsfeer, indien hij een aanmerkelijk belang bezit in een in Nederland gevestigde vennootschap. Bovendien moet Nederland ook nog de heffingsbevoegdheid kunnen effectueren. Meestal zal dat niet het geval zijn omdat vervreemdingsvoordelen niet aan Nederland zijn toegewezen.

Nederlandse belasting komt in beeld in twee situaties: overlijden na emigratie en overlijden na verkrijging van ondernemingsvermogen. De laatste situatie is hierboven besproken. De situatie overlijden-na-emigratie behandel ik hieronder.

Indien de erflater op een eerder moment uit Nederland is geëmigreerd, is bij emigratie een conserverende aanslag ontvangen. Nederland mag dan bij vervreemding van de aandelen binnen 10 jaar deze conserverende aanslag invorderen. Wel is het dan mogelijk om het uitstel van betaling voort te zetten. Het uitstel kan echter alleen worden voortgezet indien en voor zover er nog ondernemingsvermogen aanwezig is. Feitelijk wordt nagebootst de situatie waarin de aandelen direct vanuit Nederland zouden zijn vererfd.<sup>25</sup>

<sup>25</sup> Art. 2, zesde lid Uitvoeringsregeling Invorderingswet 1990.

#### Voorbeeld 4<sup>26</sup>

A heeft 100 aandelen in BV X met elk een waarde van 10. De totale waarde van BV X is 1.000. Het aandelenbezit vormt een aanmerkelijk belang. De verkrijgingsprijs was €5 per aandeel, in totaal derhalve €500. A emigreert naar het buitenland en krijgt een conserverende aanslag van €125 ( $25\% * €1.000 \text{ minus } €500$ ). Vijf jaar na emigratie overlijdt A. De aandelen vererven naar F. De waarde van een aandeel is inmiddels gestegen naar €12, in totaal €1.200. Deze waarde is voor 60% toe te rekenen aan beleggingen en voor 40% aan ondernemingsvermogen van BV X. Op schriftelijk verzoek kan het uitstel van betaling worden voortgezet door F. Niet voor alles, maar voor een deel. Indien A en F ten tijde van het overlijden beiden in Nederland zouden hebben gewoond, zou de vervreemding van de aandelen in BV X hebben geleid tot een aanmerkelijkbelangwinst van 220. Dit bedrag is als volgt te herleiden.

Totale waarde aandelen BV X	€ 1.200
Af: Toe te rekenen aan ondernemingsvermogen (40%)	€ 480
In aanmerking te nemen overdrachtprijs	€ 720
Af: verkrijgingsprijs	€ 500
Aanmerkelijkbelangwinst	€ 220

Over deze 220 is 25% inkomstenbelasting verschuldigd, in totaal 55. Van het oorspronkelijke bedrag van 125 waarvoor uitstel van betaling is verleend, kan dus slechts 70 worden voortgezet. Over 55 moet worden afgerekend.

<sup>26</sup> Ontleend aan de toelichting bij de Uitvoeringsregeling Invorderingswet 1990, Besluit 17 december 2009, DB 2009-735M, *Staatscourant* 2009, 20549.

De verkrijger verkrijgt aandelen in een in Nederland gevestigde vennootschap. Is de verkrijger in het buitenland woonachtig, dan wordt zijn verkrijgingsprijs, als ik het goed zie, gesteld op de waarde in het economische verkeer ten tijde van de emigratie van de erflater (i.c. €1.000). Daarover is immers 'afgerekend' bij emigratie (een deel is 'echt' afgerekend, namelijk 55 en een deel 70 is in de aanslag betrokken, maar wordt mogelijk na 10 jaar kwijtgescholden). Wordt de conserverende aanslag daadwerkelijk kwijtgescholden, dan blijkt uit de memorie van toelichting dat de verkrijgingsprijs voor de buitenlandse belastingplichtige wordt aangepast:<sup>27</sup>

<sup>27</sup> Kamerstukken II 2009-2010, 32 129, nr. 3, p. 52.

'Voor de buitenlandse belastingplichtige die aandelen of winstbewijzen in een in Nederland gevestigde vennootschap verkrijgt waarbij ingevolge artikel 2.8, vierde, vijfde, zesde of zevende lid, van de Wet IB 2001 een conserverende aanslag is opgelegd ten aanzien van degene van wie is verkregen, bedraagt de verkrijgingsprijs de waarde die ten tijde van de verkrijging in het economische verkeer aan de verkregen aandelen of winstbewijzen kan worden toegekend. De conserverende aanslag bij de vervreemder wordt in dat geval op grond van artikel 4.22 van de Wet IB 2001 gebaseerd op een overdrachtprijs voor dezelfde waarde. Op grond van de nieuwe delegatiebepaling in het vierde lid zullen regels worden gesteld voor de situatie dat kwijtschelding plaatsvindt van de conserverende aanslag die is opgelegd ten aanzien van degene van wie door belastingplichtige het aanmerkelijk belang is verkregen en de gevolgen hiervan voor de verkrijgingsprijs van de buitenlandse belastingplichtige.'

Van de opgenomen delegatiebevoegdheid in art. 7.6, vierde lid Wet IB 2001 is tot op heden geen gebruik gemaakt. Praktisch gezien zal een verlaging van de verkrijgingsprijs overigens niet veel voeten in de aarde hebben. Nederland zal zijn heffingsrecht waarschijnlijk toch niet kunnen effectueren onder de belastingverdragen.

**2.1.7.3 Vererving van een buitenlandse erflater naar een binnenlandse verkrijger** Worden de aandelen verkregen door een Nederlandse verkrijger, dan is het onduidelijk wat de verkrijgingsprijs wordt. Naar analogie van de artt. 16 en 21 Uitvoeringsbesluit inkomstenbelasting, voor de remigrerende aanmerkelijkbelanghouder zal de conserverende aanslag voor het nog openstaande deel moeten worden kwijtgescholden. De verkrijgingsprijs wordt gesteld op de waarde in het economische verkeer ten tijde van de emigratie minus vier maal het openstaande en vier maal het reeds kwijtgescholden bedrag op de conserverende aanslag, vermeerderd met de bedragen waarover in het buitenland feitelijk is afgerekend. Feitelijk wordt dan teruggekeerd naar de historische verkrijgingsprijs van de erflater en wordt nagebootst wat zou zijn gebeurd indien de vererving in een Nederlandse situatie zou hebben plaatsgevonden. Het zou goed zijn als de tekst van art. 16 Uitvoeringsbesluit inkomstenbelasting wordt aangepast aan de nieuwe terminologie, zodat duidelijk tot uitdrukking gebracht wordt wat de verkrijgingsprijs wordt.

## 2.2 IB-onderneming

Indien een IB-ondernemer overlijdt zijn er twee mogelijkheden. De eerste is dat er wordt verzocht om doorschuiving van de boekwaarden op grond van art. 3.58 en art. 3.62 Wet IB 2001, mits de erfgenaam de onderneming rechtstreeks voortzet. Anderzijds kan ook worden gekozen voor afrekening over de stakingswinst waarna vervolgens wordt verzocht om renteloos uitstel van betaling voor maximaal 10 jaar.<sup>28</sup> Dit geldt zowel voor binnenlandse als buitenlandse belastingplichtigen. Dit is ook logisch omdat de claim op de winst uit onderneming zowel nationaalrechtelijk als verdragsrechtelijk gewaarborgd is.

<sup>28</sup> Art. 25, zeventiende lid Invorderingswet 1990.

## 2.3 TBS-panden

Indien een natuurlijke persoon, die een vermogensbestanddeel ter beschikking stelt, overlijdt, kan eveneens gebruik worden gemaakt van een doorschuiffaciliteit. Art. 3.58 en 3.62 Wet IB 2001 zijn namelijk overeenkomstig van toepassing op resultaat uit overige werkzaamheden. Voorwaarde is wel dat de terbeschikkingstelling rechtstreeks wordt voortgezet. De doorschuif-faciliteit is niet beperkt tot onroerende zaken als bedoeld in art. 3.92 Wet IB 2001. In de Successiewet is de bedrijfsopvolgingsfaciliteit wel beperkt tot aan de BV ter beschikking gestelde panden<sup>29</sup> en verervingen naar degene die ook de aandelen bezit in de vennootschap aan wie het pand ter beschikking wordt gesteld.

<sup>29</sup> Zie art. 35c, eerste lid, onderdeel d Successiewet.

Er is in de TBS-sfeer geen mogelijkheid om te kiezen voor een uitstel van betaling.

## 2.4 Samenvatting

Uit het bovenstaande volgt dat de doorschuifregeling in de aanmerkelijkbelangsfeer ingewikkeld is geworden. Zij is ook veel conflictgevoeliger door de introductie van het onderscheid onderneming/niet-ondernemingsvermogen. De regeling voor preferente aandelen is naar mijn mening te sterk beperkt door de eis dat de preferente aandelen moeten vererven naar een bedrijfsopvolger die reeds ten minste 5% van de gewone aandelen bezit. Het financieel belang van de doorschuifregeling is aanmerkelijk toegenomen. Vererving van beleggingsvermogen belichaamd in een vennootschap kan namelijk leiden tot een aanzienlijk liquiditeitsbeslag. De enige manieren om deze dreiging af te wenden is door tijdig weer te gaan ondernemen of te gaan emigreren.

Aanmerkelijkbelanghouders zijn ondernemers, zij het dat hun onderneming is ondergebracht in een zelfstandige juridische vennootschap. Resultaatgenieters zijn eveneens op veel punten gelijkgesteld met IB-ondernemers. Zo zijn de winstbepalingsartikelen grotendeels op hen van toepassing. Als we de bedrijfsopvolgingsregelingen voor al deze ondernemers met elkaar vergelijken, valt op dat deze vrijwel allemaal de vorm hebben van een doorschuifregeling. Slechts IB-ondernemers kunnen kiezen voor een uitstel van betaling. In de aanmerkelijkbelangsfeer wordt als enige onderscheid gemaakt tussen verkrijgingen door Nederlandse verkrijgers en buitenlandse verkrijgers. Dit is een terecht verschil en is verklaarbaar door het verschil in heffingsbevoegdheden in de belastingverdragen ten aanzien van aanmerkelijkbelangwinsten.

In de bedrijfsopvolgingsregeling in de Successiewet vindt eveneens een grote gelijkschakeling plaats tussen deze 'ondernemers'. Opvallend is in de Successiewet wel dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteit alleen geldt voor onroerende zaken die ter beschikking worden gesteld. Dit is aanmerkelijk beperkter dan in de inkomstenbelastingsfeer.

Op de volgende bladzijde wordt een en ander nog een keer schematisch weergegeven.



Overlijdenssituaties	Inkomstenbelasting	Successiewet
Aanmerkelijk belang	Doorschuiving in binnenlandse verhoudingen. In buitenlandse verhoudingen geldt een conserverende aanslag. Pré 2010-vorderingen tellen mee als ondernemingsvermogen.	Bedrijfsopvolgingsfaciliteit onderneming.
IB-ondernemer	Doorschuiving of renteloos uitstel van betaling.	Bedrijfsopvolgingsfaciliteit.
TBS	Doorschuiving.	Bedrijfsopvolgingsfaciliteit (alleen onroerende zaken).

### 3 Bedrijfsopvolging via schenking

#### 3.1 Schenking aanmerkelijk belang in binnenlandse verhoudingen tot 2010

Het schenken van aanmerkelijkbelangaandelen leverde een vervreemding op. Er moest worden afgerekend over de vervreemdingswinst. Voor de verschuldigde belasting kon rentedragend uitstel van betaling worden verkregen van maximaal 10 jaar<sup>30</sup>, indien:

- werd geschonken aan een kind, pleegkind of kleinkind of hun partner, de partner of een 100% NV/BV van een van voorgenoemde personen (familiekring);
- de bezittingen van vennootschap waarvan de aandelen geschonken werden voor niet meer dan 30% uit beleggingen bestonden;
- ten minste 5% van de aandelen werden geschonken, én
- het bedrag waarvoor uitstel van betaling werd gevraagd, minimaal €2.269 bedroeg.

De belasting moet dan in 10 jaarlijkse termijnen worden betaald. Het uitstel van betaling werd ingetrokken bij vervreemding van de geschonken aandelen of wanneer daaruit reguliere voordelen van substantiële omvang werden genoten.

#### 3.2 Schenking aanmerkelijk belang in binnenlandse verhoudingen met ingang van 2010

Met ingang van 2010 is de uitstel van betalingsfaciliteit bij schenkingen komen te vervallen en vervangen door een doorschuiffaciliteit in de inkomstenbelasting.<sup>31</sup> De reden daarvoor is om het verschil met de doorschuiffaciliteit bij overlijden op te heffen. Overlijden was vanuit bedrijfsopvolgingsperspectief veel aantrekkelijker dan schenken. Maatschappelijk bezien is het ongewenst om de bedrijfsopvolging uit te stellen tot overlijden.<sup>32</sup> Het is daarom goed dat er bij schenking een faciliteit is gekomen.

De schenkingsfaciliteit is opgenomen in art. 4.17c Wet IB 2001 en lijkt grotendeels op de doorschuifregeling bij overlijden. Veel van wat hiervoor is gezegd bij overlijden, geldt dan ook evenzeer bij het schenken van aanmerkelijkbelangaandelen, zoals de techniek van het doorschuiven, de problematiek van de afbakening van onderneming en niet-onderneming, en de preferente aandelen. Daar ga ik in dit onderdeel dan ook niet meer op in.

Bij het schenken van aanmerkelijkbelangaandelen geldt de regeling voor 'overlijdensdividend' niet. Ook de overgangsregeling voor 'vorderingen' geldt niet voor de schenkingsfaciliteit. Verder is de doorschuiffaciliteit alleen van toepassing indien de aandelen worden geschonken aan een persoon die reeds 36 maanden<sup>33</sup> in dienstbetrekking is van de vennootschap, waarin de aandelen worden geschonken. Met deze 'dienstbetrekkingseis'<sup>34</sup> wordt gelijkheid betracht met de doorschuifregeling voor IB-ondernemers in art. 3.63 Wet IB 2001. Aan het werknemerschap worden geen nadere eisen gesteld, bijvoorbeeld dat er minimaal een bepaalde arbeidstijd moet zijn overeengekomen.<sup>35</sup> Alleen de gewone eisen van werknemerschap, zoals de gezagsverhouding en het daadwerkelijk verrichten van arbeid en het genieten van loon zijn relevant.

In de praktijk komt het veelvuldig voor dat een bedrijfsopvolger niet werkzaam is bij de vennootschap die geschonken wordt, maar bijvoorbeeld bij de werkmaatschappij. In art. 26d Uitvoeringsbesluit inkomstenbelasting is daarom aangegeven dat ook in die gevallen voldaan is aan de werknemerseis. Het is opvallend dat slechts voor het werknemerschap bij een werkmaatschappij een uitzondering is gemaakt. De praktijk is veelzijdiger. De leden van de fractie van het CDA hebben daarom in de Eerste Kamer aandacht gevraagd voor de regelmatig voorkomende situatie dat de beoogde opvolger via een persoonlijke houdstermaatschappij al een pakket aandelen in de werkmaatschappij heeft, waarbij de werkmaatschappij een managementfee betaalt aan de persoonlijke houdstermaatschappij. De staatssecretaris heeft bevestigd dat in die situatie wordt voldaan aan de dienstbetrekkingseis van artikel 4.17c Wet IB

<sup>30</sup> Art. 25, negende lid Invoeringswet 1990.

<sup>31</sup> De uitstel van betalingsregeling gold ook voor schuldig gebleven overdrachtsprijzen. Deze regeling is in 2010 voortgezet, zij het dat de familiekring is komen te vervallen.

<sup>32</sup> De praktijk wist zich overigens wel te redden door het opzetten van holdingstructuren.

<sup>33</sup> De 36-maandstermijn kan worden bekort bij ziekte, arbeidsongeschiktheid, faillissement, curatele en surseance van betaling. Zie art. 26c Uitvoeringsregeling inkomstenbelasting.

<sup>34</sup> In eerste instantie was de werknemerseis scherper gesteld. De begiftigde moest zelfs bestuurder zijn, hetgeen de doorschuiffaciliteit in wezen tot een dode letter maakte omdat dit in de praktijk nagenoeg niet voorkomt. Deze eis is onder politieke druk vervallen.

<sup>35</sup> *Handelingen I* 2009-2010, p. 41. Antwoord op vragen van VVD-senator Biemans.

**36** *Handelingen I*, 2009-2010, 32 128, E, p. 4.

2001: 'Voor dergelijke situaties zal worden geregeld dat wordt voldaan aan het dienst-betrekkingsvereiste.'<sup>36</sup> Tot op heden is dat echter niet gebeurd.

Onduidelijk is ook of perioden van werknemerschap bij elkaar mogen worden geteld. Stel dat sprake is van een concern met aan het hoofd een Holding en daaronder tien werkmaatschappijen. Kind A werkt een jaar bij werkmaatschappij 1, een jaar bij werkmaatschappij 2 en een jaar bij werkmaatschappij 3. Mogen deze perioden bij elkaar worden opgeteld als de aandelen in de Holding worden geschonken? Mij dunkt dat dat het geval is.

In de schenkingsfaciliteit in de schenkbelasting is géén werknemerseis opgenomen. Daar geldt de vijfjaarseis voorafgaand aan de schenking en de vijfjaarsvoortzettingseis na de schenking.

### 3.3 Schenking aan een in het buitenland woonachtige begiftigde

Bij schenking van aanmerkelijkbelangaandelen aan een in het buitenland woonachtige begiftigde geldt, evenals bij overlijden, dat geen doorschuiffaciliteit ter beschikking staat, maar dat de schenker een conserverende aanslag krijgt.<sup>37</sup> De begiftigde wordt overigens aansprakelijk voor de belasting waarvoor uitstel van betaling is verkregen.<sup>38</sup>

**37** Art. 2.8, zevende lid Wet IB 2001.

**38** Art. 45 Invorderingswet 1990.

### 3.4 Schenking door een buitenlandse belastingplichtige

Een buitenlander die aanmerkelijkbelangaandelen bezit in een Nederlandse vennootschap is in Nederland belastingplichtig. Veelal zal Nederland niet van haar heffingsrecht gebruik kunnen maken als gevolg van de belastingverdragen. Nederland kan wel invorderen indien na emigratie aandelen worden geschonken. Alsdan wordt in beginsel de conserverende aanslag die bij emigratie is opgelegd, ingevorderd. Het uitstel van betaling kan echter worden voortgezet door de begiftigde indien deze ten minste 36 maanden werknemer is. Het uitstel wordt alleen voortgezet voor zover er nog ondernemingsvermogen in de vennootschap aanwezig is.

#### Voorbeeld 5

A heeft 100 aandelen met een waarde van 1.000 in BV X; de BV heeft alleen ondernemingsvermogen. Dit aandelenbezit vormt een aanmerkelijk belang. De aandelen zijn destijds gekocht voor €500. A emigreert naar het buitenland en krijgt een conserverende aanslag voor €125 (25% van €1.000 minus €500). Voor dit bedrag wordt uitstel van betaling verleend. Na vijf jaar schenkt A de aandelen aan F. F werkt reeds gedurende 36 maanden voorafgaand aan de schenking bij BV X. De BV bezit alleen ondernemingsvermogen. Alsdan wordt het gehele uitstel van betaling voortgezet op schriftelijk verzoek.

Zou BV X zijn activiteiten hebben gewijzigd, zodanig dat ten tijde van de schenking aan F de bezittingen voor 60% uit beleggingen bestaan en voor 40% uit ondernemingsvermogen, dan zou het uitstel van betaling nog slechts worden verleend voor 40% van de waarde ten tijde van de schenking. Stel dat de waarde van de aandelen ten tijde van de schenking €1.200 bedraagt. Alsdan zou bij een schenking tussen in Nederland woonachtige personen moeten worden afgerekend over  $€1.200 \cdot 60\% = €720$ . Na aftrek van de verkrijgingsprijs van €500, resteert een aanmerkelijkbelangwinst van €220. Hierover is €55 belasting verschuldigd. Dit leidt er toe dat op de conserverende aanslag €55 moet worden betaald. Het uitstel van betaling wordt voor €70 voortgezet.

Ook kan Nederlandse invordering aan de orde komen, indien een buitenlandse begiftigde zijn aandelen op zijn beurt weer schenkt. Ook dan wordt het uitstel van betaling slechts voortgezet voor zover er nog ondernemingsvermogen aanwezig is. De aansprakelijkheid van de eerste begiftigde gaat overigens ook over op de tweede begiftigde.

Woont de begiftigde in Nederland, dan zal het uitstel van betaling niet worden voortgezet, maar zal de conserverende aanslag komen te vervallen en vindt correctie plaats via de verkrijgingsprijs. Zie paragraaf 2.7.1.2.

### 3.5 IB-onderneming

Het schenken van ondernemingsvermogen is niet gefacilieerd. Slechts indien de begiftigde ten minste 36 maanden werknemer of medeondernemer is, kan doorschuiving van de boekwaarden plaatsvinden op grond van art. 3.63 Wet IB 2001. Er is ook niet voorzien in uitstel van betaling.

### 3.6 TBS-panden

Het schenken van TBS-vermogen leidde tot 2010 onmiddellijk tot afrekening van de inkomstenbelastingclaim. Met ingang van 2010 bepaalt art. 25, veertiende lid Invorderingswet 1990, dat maximaal 10 jaar rentedragend uitstel van betaling kan worden verkregen. Deze

uitstel van betalingsregeling geldt voor alle vermogensbestanddelen als bedoeld in art. 3.91 en 3.92 Wet IB 2001.

Voor de schenkbelasting gold tot 1 januari 2010 eveneens geen faciliteit. Vanaf 1 januari 2010 kan de bedrijfsopvolgingsregeling van toepassing zijn op TBS-panden als bedoeld in art. 3.92 Wet IB 2001. Voorwaarde is wel dat de begiftigde tegelijkertijd de aandelen in de vennootschap verkrijgt (onduidelijk is of deze aandelen ook via schenking moeten worden verkregen of dat deze zouden mogen worden gekocht) en de terbeschikkingstelling ten minste reeds 5 jaar heeft geduurd.<sup>39</sup>

<sup>39</sup> Art. 35c, eerste lid, onderdeel d jo. art. 35d, eerste lid, onderdeel d Successiewet.

### 3.7 Samenvatting

De invoering van een doorschuiffaciliteit voor schenking van aanmerkelijkbelangaandelen is een goede zaak. En ook de stroomlijning met de schenkbelasting is positief te waarderen. Het onderscheid tussen overdrachten bij overlijden en leven is daardoor verminderd. Wel is de regeling ingewikkeld vormgegeven. De dienstbetrekkingseis is erg beperkt vormgegeven. De toezeggingen van de staatssecretaris van Financiën aan de Eerste Kamer op het punt van management structuren moet nog invulling krijgen. Ik spreek de hoop uit dat de dienstbetrekkingseis in de uitvoering soepel zal worden toegepast; in ieder geval meer naar de geest dan naar de letter.

Als de aanmerkelijkbelangfaciliteit wordt vergeleken met de faciliteiten in de ondernemersfeer en TBS-sfeer valt op dat de faciliteit voor aanmerkelijkbelangaandelen en ondernemingsvermogen bestaat uit doorschuifregelingen, terwijl de faciliteit voor TBS-vermogen de vorm van een uitstel van betalingsregeling heeft. Een logische verklaring is daar mijns inziens niet voor. Ook valt op dat de faciliteit voor TBS-situaties in de schenkbelasting beperkt is tot onroerende zaken, waarbij nog een hele batterij aan eisen wordt gesteld. Deze beperking en eisen komen niet terug in de uitstel van betalingsregeling van art. 25, veertiende lid Invorderingswet 1990.

## 4 Kan het eenvoudiger?

Het geheel van bedrijfsopvolgingsregelingen overziend concludeer ik dat er een nagenoeg onoverzichtelijke brij van regelgeving over ons is uitgestort. Het is zonder gespecialiseerde adviseur niet mogelijk om zonder fiscale brokken een bedrijf over te doen naar de opvolger. Laat staan dat de meest optimale weg kan worden gekozen. Het verdient aanbeveling om de bedrijfsopvolgingsregelingen minder gedetailleerd te maken. Vooral de regeling voor preferente aandelen is een crime. Vererving van preferente aandelen bedreigt de onderneming potentieel op dezelfde wijze als bij vererving van gewone aandelen het geval is. Het onderscheid preferente aandelen en gewone aandelen wordt mijns inziens onterecht gemaakt. Op basis van hetzelfde argument, zou ook beperking van de regeling tot de vererving van preferente aandelen naar degene die gewone aandelen bezit moeten vervallen. Preferente aandelen zijn gewone aandelen vanuit het perspectief van de bedrijfsopvolging. Behandel deze aandelen daarom toch fiscaal vooral ook als gewone aandelen. Kan het nog eenvoudiger?

# ALGEMEEN NUT BEOGENDE INSTELLINGEN EN SOCIAAL BELANG BEHARTIGENDE INSTELLINGEN

prof. mr. I.J.F.A. van Vijfeijken

## 1 Inleiding

Nadat met ingang van 1 januari 2008 alle algemeen nut beogende instellingen (hierna: ANBI's) over een ANBI-beschikking moeten beschikken en vele instellingen nog in een bezwaar- of beroepsprocedure dienaangaande verkeren, is de regelgeving dienaangaande wederom veranderd. Naast de ANBI is een nieuwe figuur in het leven geroepen, de zgn. sociaal belang behartigende instelling (hierna: SBBI). In het hiernavolgende worden de wijzigingen besproken.

## 2 Uitsluitend of nagenoeg uitsluitend het algemeen belang beogen

### 2.1 Inleiding

Tot 1 januari 1985 bepaalde art. 24, vierde lid Successiewet dat van een ANBI slechts sprake was als de instelling 'uitsluitend of nagenoeg uitsluitend' het algemeen belang beoogde. Hieronder werd verstaan dat de activiteiten van de instelling voor 90% of meer op het algemeen nut gericht moesten zijn. Maar de woorden 'uitsluitend of nagenoeg uitsluitend' zijn in 1985 uit de wet verdwenen. Er wordt sindsdien aangesloten bij de definitie in de inkomstenbelasting (destijds art. 47 Wet IB 1964). In de memorie van toelichting is toen uitdrukkelijk opgemerkt dat geen materiële veranderingen zijn bedoeld.<sup>1</sup> De Hoge Raad heeft desalniettemin in het zgn. eerste brassbandarrest<sup>2</sup> geoordeeld dat van een ANBI kan worden gesproken als de instelling voor minimaal 50% het algemene nut nastreeft. De wetgever heeft zich bij de wijziging per 1 januari 2008 (invoering van de ANBI-beschikking) over dit criterium gebogen en heeft daar toen, weloverwogen, geen verandering in willen brengen en gekozen voor een slot op de achterdeur.<sup>3</sup> Een uitkering gedaan door een ANBI is alleen vrij van successie- of schenkingsbelasting als deze voor meer dan 90% het algemene nut dient.

Twee jaar later, bij de wijziging van de Successiewet met ingang van 1 januari 2010 is de wetgever alsnog van gedachten veranderd. Met ingang van die datum is slechts sprake van een ANBI als de instelling voor 90% of meer het algemeen nut nastreeft.<sup>4</sup>

Ik vond en vind nog steeds dat het criterium van meet af aan 90% had moeten zijn.<sup>5</sup> Maar nu de wetgever met ingang van 2008 eenmaal heeft gekozen, met veel administratieve gevolgen, brengt de rechtszekerheid mee dat hij niet twee jaar later een andere regeling kan invoeren, die wederom een enorme administratieve last met zich meebrengt. Tevens lopen er nog veel procedures over de ANBI-beschikking. Deze zullen in veel gevallen een achterhoedegevecht gaan vormen omdat de uitkomst (in sommige gevallen) alleen zekerheid geeft over de jaren 2008 en 2009. Het is niet uitgesloten dat voor de nieuwe beschikking opnieuw moet worden geprocedeerd. Ook de positie van de donor mag niet uit het oog worden verloren. Vaak heeft hij zich verbonden om jarenlang een periodieke uitkering te schenken en zich daarbij verlaten op de verleende ANBI-beschikking. Nu kan het dus gebeuren dat deze beschikking voor 2010 niet meer wordt verleend. Op de gevolgen hiervan kom ik hierna nog terug.

### 2.2 Verlenging beschikking

Bij brief d.d. 9 juli 2009<sup>6</sup> heeft de staatssecretaris gepoogd de onrust als gevolg van de voorgenomen wijziging weg te nemen. In deze brief heeft hij onder andere aangegeven dat het niet de bedoeling is dat alle ANBI's opnieuw een verzoek tot rangschikking moeten doen. Inmiddels hebben alle bij de Belastingdienst geregistreerde ANBI's een brief ontvangen waarin de nieuwe voorwaarden staan. Aan de hand van een toelichting op de voorwaarden wordt de ANBI verzocht te verklaren of de instelling voldoet aan de voorwaarden. Als de ANBI verklaart aan de voorwaarden te voldoen, wordt de ANBI-status gecontinueerd.<sup>7</sup> Achteraf zal worden beoordeeld of de ANBI ook daadwerkelijk als ANBI kan worden aangemerkt. Mocht dit niet zo zijn dan worden eventuele ten onrechte genoten voordelen teruggenomen. Voor de giftenaftrek geldt dat hier niet op wordt teruggekomen indien de schenker erop mocht vertrouwen dat de instelling voldeed aan de nieuwe voorwaarden.

<sup>1</sup> *Kamerstukken II* 1981, 17 041, nr. 3, p. 17.

<sup>2</sup> HR 13 juli 1994, *BNB* 1994/280.

<sup>3</sup> *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 306, nr. 16, p. 14.

<sup>4</sup> Dit geldt ook voor kerkelijke en levensbeschouwelijke instellingen. Zie *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 930, nr. 9, p. 63.

<sup>5</sup> Zie J.E.A.M. van Dijk en I.J.F.A. van Vijfeijken, *Instellingen van algemeen nut*, FED 2005, p. 58 en *Rapport van de Commissie algemeen nut beogende instellingen*, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap, nr. 232, Kluwer 2007, p. 165.

<sup>6</sup> Nr. DB2009/357U, *VN* 2009/37.21.

<sup>7</sup> Zie ook *Kamerstukken II* 2009-2010, 31 930, nr. 13, p. 14.

### 2.3 Weigering beschikking

Zoals hiervoor al is opgemerkt bestaat de mogelijkheid dat door de gewijzigde regelgeving de beschikking met ingang van 1 januari 2010 (later verschoven naar 1 februari 2010)<sup>8</sup> vervalt. Indien een donator zich bij notariële akte heeft verbonden om gedurende meerdere jaren een schenking te doen aan de instelling, brengt de intrekking van de beschikking mee dat de giften niet langer als persoonsgebonden aftrek aftrekbaar zijn van zijn inkomen. Naar aanleiding van vragen hierover van de zijde van het CDA en de VVD, heeft de staatssecretaris in eerste instantie aangegeven dat dit effect is beoogd en dat er daarom geen overgangsmaatregel wordt voorgesteld.<sup>9</sup>

Deze gang van zaken verdient geen schoonheidsprijs. Indien een donateur geheel te goeder trouw een verplichting is aangegaan om gedurende ten minste vijf jaar een jaarlijkse schenking aan de instelling te verrichten, dient die goede trouw mijns inziens te worden gehonoreerd. Dit is ook in overeenstemming met een toezegging van de staatssecretaris. In de toelichting op art. 41a e.v. Uitvoeringsregeling inkomstenbelasting schrijft hij dat de inspecteur aan het publiek bekend zal maken welke instellingen bij beschikking zijn aangemerkt. Dit gebeurt inmiddels via de website van de Belastingdienst. In de toelichting wordt opgemerkt dat belastingplichtigen op deze bekendmaking kunnen vertrouwen:

'Belastingplichtigen te goeder trouw zullen voor die aftrek vertrouwen kunnen ontleen aan hetgeen de inspecteur in het kader van de toepassing van deze bepaling bekend heeft gemaakt.'<sup>10</sup>

Ook tijdens de bespreking van het rapport van de Commissie Algemeen Nut Beogende Instellingen voor de Vereniging voor belastingwetenschap d.d. 29 november 2007 werd deze toezegging van de zijde van het ministerie van Financiën nog eens herhaald.<sup>11</sup> Nu lijkt de staatssecretaris dit vertrouwen alleen te willen honoreren als de donateur er op mocht vertrouwen dat de instelling voldeed aan het nieuwe vereiste van 90%.<sup>12</sup> Indien derhalve een donateur zich geheel te goeder trouw, afgaande op de informatie van de website van de Belastingdienst, voor meerdere jaren heeft verbonden om een periodieke gift te doen aan een instelling die door de wijziging van de wetgeving met ingang van 1 januari 2010 niet langer als zodanig kwalificeert, zou deze belastingplichtige niet met succes een beroep op het vertrouwensbeginsel kunnen doen. Pas in de allerlaatste termijn, bij de plenaire behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer heeft de staatssecretaris het volgende toegezegd:<sup>13</sup>

'Als de aftrek toch in gevaar komt, kan de schenker zich bij de Belastingdienst melden, zo kan ik de Kamer toezeggen. De Belastingdienst zal vervolgens per geval beoordelen of de schenker nog recht heeft op aftrek van zijn periodieke gift. Als uitgangspunt kan hierbij het volgende gelden. De aftrek zal slechts vervallen als de schenker aan zijn verplichting tot het doen van een periodieke gift kan ontkomen vanwege het verlies van de ANBI-status, maar van deze mogelijkheid geen gebruikmaakt.'

Dit lijkt me geheel terecht. Met de wijziging per 1 januari 2008 is immers uitdrukkelijk gekozen voor handhaving van dat 50%-criterium. Als de overheid na twee jaar terugkomt op zijn keuze en alsnog overgaat naar het 90%-criterium, dienen de gevolgen hiervan voor rekening van de overheid te komen en niet voor rekening van de nietsvermoedende individuele donateur.

## 3 Integriteitstoets

Met ingang van 1 januari 2010 is tevens een integriteitstoets ingebouwd. De Tweede Kamer acht het onwenselijk om overheidssteun te verlenen aan niet integere instellingen.<sup>14</sup> Nadat deze integriteitstoets aanvankelijk zeer ruim werd aangelegd, is deze beperkt bij eerste nota van wijziging.<sup>15</sup> Alleen indien de instelling, een bestuurder van die instelling of een persoon die feitelijk leiding geeft aan de instelling, dan wel een voor de instelling gezichtsbepalend persoon is, onherroepelijk is veroordeeld wegens aanzetten tot haat aanzetten tot geweld of gebruik van geweld kan de ANBI-beschikking worden ingetrokken of geweigerd. Onder een gezichtsbepalend persoon wordt verstaan een persoon die als vertegenwoordiger van de instelling wordt gezien. Hij hoeft geen juridische banden met de instelling te hebben (zoals een dienstbetrekking). Alleen onherroepelijke veroordelingen zijn van belang die in de afgelopen vier jaar hebben plaatsgevonden. Het gaat hier om vier kalenderjaren voorafgaand aan het verzoek van de inspecteur aan te tonen dat aan de integriteitstoets wordt voldaan. Oudere veroordelingen

<sup>8</sup> Zie ook Besluit van 16 december 2009, nr. CPP 2009/2371M, onderdeel 3a.

<sup>9</sup> *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 930, nr. 9, p. 63.

<sup>10</sup> Ministeriële regeling van 1 februari 2007, nr. DB2007-31M, Stcrt. 2007, 28, VN 2007/12.12.

<sup>11</sup> Zie p. 43 van rapport 234 dat is gepubliceerd op [www.belastingwetenschap.nl](http://www.belastingwetenschap.nl).

<sup>12</sup> *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 930, nr. 9, p. 67.

<sup>13</sup> *Handelingen I* 2009-2010, nr. 13, p. 456.

<sup>14</sup> *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 930, nr. 9, p. 63.

<sup>15</sup> *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 930, nr. 10.

worden niet in aanmerking genomen. Een inspecteur zal een ANBI verzoeken een Verklaring omtrent het gedrag (VOG) van een specifiek persoon te overleggen, indien er gegronde redenen zijn aan de integriteit van een ANBI te twifelen.<sup>16</sup>

<sup>16</sup> Kamerstukken II 2008-2009, 31 930, nr. 10, p. 26.

#### 4 Invoering SBBI

<sup>17</sup> Overigens is deze vrijstelling tot nu toe zonder enige betekenis, want deze geldt alleen voor sportorganisaties die zijn aangesloten bij een door de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, aangewezen landelijke sportorganisatie. Die aanwijzing heeft tot op heden niet plaatsgevonden.

Met ingang van 1 januari 2009 waren zgn. sportorganisaties<sup>17</sup> en dorps huizen toegevoegd aan het regime dat geldt voor ANBI's. Daarnaast werd een vrijstelling voor zgn. specifiek nut beogende instellingen (SNBI's) opgenomen. Bij ministeriële regeling moest deze vrijstelling verder worden ingevuld. Daar is het echter nooit van gekomen. Met ingang van 1 januari 2010 zijn deze categorieën vervallen en is de SBBI in de wet opgenomen.

Wat onder sociaal belang moet worden verstaan, wordt helaas niet duidelijk. In de toelichting komt de wetgever niet veel verder dan 'met en voor mensen'. Evenmin wordt duidelijk waarin een sociaal belang zich onderscheidt van een maatschappelijk belang. Maar dat de wetgever daar stevast een onderscheid ziet, blijkt al sinds 2001, toen in art. 6 Wet Vpb 1969 een vrijstelling is opgenomen voor lichamen waarbij de behartiging van een sociaal belang voorop staat. In de parlementaire behandeling van het Belastingplan 2009 is opgemerkt dat het bij een sociaal belang gaat om activiteiten voor en met mensen en zonder winstoogmerk, waarbij de inzet van vrijwilligers van wezenlijk belang is voor het functioneren van dergelijke instellingen.<sup>18</sup> Tevens werd opgemerkt dat amateursportverenigingen en dorps huizen een belangrijke maatschappelijke waarde hebben.<sup>19</sup> Vast staat dat het de bedoeling is om amateursportverenigingen, buurtverenigingen, muziekverenigingen en jeugdverenigingen, zoals de scouting onder deze categorie te brengen. In de nadere memorie van antwoord aan de Eerste Kamer wordt uitgebreid ingegaan op het onderscheid tussen een ANBI en een SBBI.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> Kamerstukken II 2008-2009, 31 704, nr. 38, p. 4. Uit de toelichting op het wetsvoorstel 'Wijziging van de Successiewet en enige andere wetten', blijkt dat de inzet van vrijwilligers 'een aanwijzing' kan zijn voor het sociale karakter. Het is dus niet noodzakelijk dat gebruik wordt gemaakt van vrijwilligers. Zie Kamerstukken II 2008-2009, 31 930, nr. 3, p. 39.

<sup>19</sup> Kamerstukken II 2008-2009, 31 704, nr. 34, p. 8.

<sup>20</sup> Kamerstukken I 2009-2010, 31 930, nadere memorie van antwoord, p. 2-3.

'Bij verenigingen zal het doel van de vereniging doorgaans primair bestaan uit het behartigen van de belangen van de leden. Deze belangenbehartiging is de reden waarom de vereniging is opgericht, de bestaansredenen. Juist omdat de regering aan dergelijke verenigingen wel een grote maatschappelijke waarde toekent en zij vanwege het feit dat zij niet primair een algemeen nut dienen maar het particulier belang van de leden, niet in aanmerking komen voor de ANBI-status met de bijbehorende fiscale faciliteiten, is een nieuwe categorie in het leven geroep - de SBBI - die eveneens in aanmerking komt voor de faciliteiten van de schenk- en erfbelasting.

Ook voor de doorsnee muziekvereniging zal gelden dat de behartiging van de persoonlijke belangen van haar leden, bijvoorbeeld door het samen muziek maken, het voorzien in de behoefte aan vrijetijdsbesteding en het bieden van een gezellig verenigingsleven, het primaire doel is. Het maatschappelijk belang van de vereniging voor de gemeenschap is hier een zijdelings effect. Op dat punt wijkt een plaatselijke muziekvereniging of een harmonie niet af van bijvoorbeeld de biljartvereniging of de voetbalclub. Al deze verenigingen vallen onder het SBBI-regime. Bij bepaalde verenigingen kan dit echter anders liggen. Voorwaarde is dat zij, conform hun dan geldende doelstelling veelvuldig naar buiten treden, bijvoorbeeld bij regionale en landelijke evenementen, en zich daarbij richten op een publiek buiten hun eigen ledenkring of leefgemeenschap. Bij muziekverenigingen zou het dan kunnen gaan om het geven van concerten. Dan behartigen zij wel een algemeen belang. Die activiteiten geven haar de status van culturele instelling (kwalitatief criterium). Het is voorts afhankelijk van de omstandigheden of de muziekvereniging dan uitsluitend of nagenoeg uitsluitend het algemeen nut beoogt (kwantitatief criterium). In gevallen waarin de doelstellingen en de feitelijke activiteiten van de vereniging vrijwel niet gericht zijn op de particuliere belangen van de leden en het verzorgen van optredens bij de eerdergenoemde gelegenheden het belangrijkste doel van de vereniging vormt, en wel zodanig dat sprake is van een culturele instelling, kan deze nog steeds kwalificeren als ANBI.'

Uit het voorgaande volgt dat ook de postduivenvereniging en de lokale bridgevereniging onder het SBBI-regime kunnen vallen. 'Met en voor mensen' is zeer ruim, dus niets staat eraan in de weg om allerlei gezelligheidsverenigingen hieronder te scharen. Hiertegen bestaat mijns inziens geen bezwaar, maar het oordeel of een instelling een belangrijke maatschappelijke waarde heeft, wordt nu overgelaten aan de rechter. In de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer is vervolgens nog wel een voorbeeldsgewijze opsomming gegeven van SBBI's.<sup>21</sup> Wellicht dat een rechter hier uiteindelijk wat houvast aan heeft.

<sup>21</sup> Kamerstukken I 2009-2010, 31 930, D, p. 41.

De vraag blijft echter onbeantwoord waarom 'sociaal belang' niet is te scharen onder 'maatschappelijk belang'.

Aan een oproep om ook voor SBBI's een register aan te leggen heeft de staatssecretaris



consequent geen gehoor willen geven. De rechtszekerheid die een register zou bieden, weegt niet op tegen de uitvoeringslasten voor de Belastingdienst en de administratieve lasten voor de SBBI's die het opzetten en bijwerken van een register mee zou brengen, aldus de wetgever.<sup>22</sup> De omvang van de groep SBBI's wordt op een veelvoud van het aantal ANBI's geschat. Het aantal geregistreerde ANBI's bedraagt op dit moment ruim 50.000. Maar in de parlementaire toelichting wordt ook opgemerkt dat gezien het geringe aantal bij de Belastingdienst bekende vervangingen en schenkingen aan SBBI's, de uitvoeringslasten niet proportioneel zouden zijn om vooraf al deze instellingen te beoordelen ten behoeve van de opname in een dergelijk register.<sup>23</sup> Ik begrijp deze redenering niet. De Belastingdienst gaat ervan uit dat er niet veel SBBI's zijn die schenkingen of nalatenschappen ontvangen en dus zijn er niet veel SBBI's die belang hebben bij een beschikking. In dat geval kunnen de uitvoeringslasten ook niet hoog zijn. Blijkens de parlementaire behandeling kan een instelling naar behoefte duidelijkheid krijgen over de SBBI-status in vooroverleg met de fiscus.<sup>24</sup> Maar tegen de uitkomst van dit vooroverleg staat geen rechtsgang open. En deze onbevredigende gang van zaken is juist de aanleiding geweest om voor ANBI's te gaan werken met een voor bezwaar vatbare beschikking.

## 5 Verschil tussen ANBI- en SBBI-regime

De SBBI wordt niet helemaal gelijkgesteld aan de ANBI. De SBBI heeft, evenals de ANBI, een vrijstelling van schenk- en erfbelasting voor ontvangen giften en nalatenschappen. Schenkingen gedaan door de SBBI zijn daarentegen niet vrijgesteld van schenkbelasting. De gewone giften gedaan aan de SBBI zijn niet aftrekbaar bij de donateur. Bestaat de gift uit een periodieke uitkering als bedoeld in art. 6.38 Wet IB 2001 dan is deze wel aftrekbaar bij de donateur indien de SBBI een vereniging is met ten minste 25 leden (art. 6.33, eerste lid, onderdeel c Wet IB 2001). De staatssecretaris geeft als reden voor deze verschillende behandeling dat de SBBI's anders dan de ANBI's ook nog gericht zijn op het particulier belang.<sup>25</sup> Elders wordt als reden gegeven dat de giftenaftrek een groot budgettair beslag zou leggen op de begroting en dat de giftenaftrek ook tot aanzienlijke verzwarende van de uitvoeringstaken van de Belastingdienst zou leiden.<sup>26</sup> Deze budgettaire en uitvoeringstechnische redenen kunnen niet dienen ter rechtvaardiging van de verschillende behandeling van giften aan een ANBI en aan een SBBI.<sup>27</sup> Ik heb al eerder betoogd dat ik voor deze verschillende behandeling weinig begrip kan opbrengen. Wat rechtvaardigt het verschil tussen een ANBI en SBBI (als dat er al is) dat in het ene geval de gift wel aftrekbaar is en in het andere geval niet? Tevens is niet te rechtvaardigen dat periodieke giften aan een SBBI wel aftrekbaar zijn en de gewone giften niet.<sup>28</sup>

## 6 Vervallen aftrekbaarheid schuldig gebleven giften

Met ingang van 1 januari 2010 is art. 6.32 Wet IB 2001 aangepast. In het tweede lid wordt bepaald dat van een aftrekbaar gift geen sprake is, indien de gift wordt betaald, verrekend of ter beschikking gesteld bij of na het overlijden van de belastingplichtige. Het doel van deze wetswijziging is om te voorkomen dat schenkingen die eerst werking hebben bij het overlijden, tijdens leven als aftrekbaar gift in aanmerking kunnen worden genomen. Dit is ongewenst, aldus de wetgever, omdat een dergelijke gift niet verschilt van een legaat en een legaat aan een ANBI evenmin in mindering op het inkomen kan worden gebracht.<sup>29</sup> Bij de erflater is dit bedrag niet aftrekbaar omdat het niet tijdens zijn leven is betaald in de zin van artikel 3.147 Wet IB 2001. Bij de erfgenamen is dit bedrag niet aftrekbaar omdat er bij hen geen sprake is van vrijgevigheid en derhalve geen sprake is van een gift als bedoeld in artikel 6.33, onderdeel a Wet IB 2001. Deze visie is bevestigd in HR 27 oktober 1971, BNB 1971/245.

Dit verschil in behandeling leidde ertoe dat belastingplichtigen naar wegen zochten om een gift die eerst na hun dood wordt geëffectueerd reeds tijdens leven in aftrek te brengen. Voor een voorbeeld verwijs ik naar het Rapport van de Commissie algemeen nut beogende instellingen, op blz. 116.<sup>30</sup> Daar wordt als voorbeeld gewezen op [www.consensus-charitas.nl](http://www.consensus-charitas.nl). De belastingplichtige schenkt in dat geval in de vorm van een rentedragende schuldenaarserkenning. Het schuldig erkende bedrag is eerst opeisbaar bij het overlijden van de schuldenaar. Doordat de hoofdsom rentedragend wordt gemaakt, is aftrek van het schuldig erkende bedrag in het jaar van schuldenaarserkenning reeds als gift aftrekbaar. Zie HR 11 november 1998, BNB 1999/85 in welk geval rente rentedragend werd schuldig gebleven. Aldaar overwoog de Hoge Raad:

<sup>22</sup> *Kamerstukken II* 2009-2010, 31 930, nr. 13, p. 11.

<sup>23</sup> *Kamerstukken II* 2009-2010, 31 930, nr. 13, p. 12.

<sup>24</sup> *Kamerstukken II* 2009-2010, 31 930, nr. 13, p. 12.

<sup>25</sup> *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 930, nr. 3, p. 16.

<sup>26</sup> *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 930, nr. 9, p. 60.

<sup>27</sup> HR 14 juni 1995, BNB 1995/252.

<sup>28</sup> Mits de SBBI een vereniging is als bedoeld in artikel 6.33, eerste lid, onderdeel c Wet IB 2001. Zie ook *Rapport van de Commissie algemeen nut beogende instellingen*, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap, nr. 232, Kluwer 2007, p. 116-117.

<sup>29</sup> *Kamerstukken II* 2009-2010, 32 129, nr. 3, p. 51.

<sup>30</sup> Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap, nr. 232, Kluwer 2007.

'3.4. Indien schuldig gebleven rente rentedragend wordt, brengt artikel 38 van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 mede dat die rente, ofschoon (nog) niet betaald of verrekend, niettemin reeds op het tijdstip van rentedragend worden voor de heffing van de inkomstenbelasting in aftrek komt. Die rente moet daarom voor de inkomstenbelasting gelden als voldaan, waarbij het in aftrek komende bedrag moet worden gesteld op de waarde in het economische verkeer van de ontstane (rente)schuld. Die waarde kan worden bepaald door de kans te schatten dat de rente alsnog zal worden betaald of verrekend (HR 7 juli 1993, nr. 28 171, BNB 1993/234).'

**31** Volledigheidshalve merk ik op dat artikel 10 SW niet van toepassing is, aangezien niet is voldaan aan de vereiste verwantschap (vierde lid, onderdeel a).

**32** Zie ook J.E.A.M. van Dijk en I.J.F.A. van Vijfeijken, *Het kasstelsel in de Wet IB 2001*, Deventer 2006, blz. 102.

**33** J.E.A.M. van Dijk is van mening dat de rente die ingevolge het uitstel is verschuldigd een moratoire rente is, die niet als rentedragend in de zin van artikel 3.147 Wet IB in aanmerking komt. Zie zijn aantekening bij HR 13 mei 1998, *FED* 1998/362. In dat geval werd f 5.000 geschenken in de vorm van een schuldgerekening. Aan de vraag of dit schuldig erkende bedrag als gift aftrekbaar was werd door hof en Hoge Raad niet meer toegekomen.

**34** In deze zin ook J.E.A.M. van Dijk en I.J.F.A. van Vijfeijken, *Instellingen van algemeen nut*, Deventer 2005, blz. 88.

**35** Zie voor een uitgebreide toelichting *Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap*, nr. 232, Kluwer 2007, hoofdstuk 6.

Door deze constructie wordt bereikt dat tijdens leven de persoonsgebonden aftrek kan worden gerealiseerd, terwijl het geschenken bedrag eerst feitelijk bij overlijden het vermogen verlaat. Evenals bij een legaat leidt dit tijdens leven niet tot een voelbaar offer.<sup>31</sup> Opgemerkt moet wel worden dat de schuldgerekening een overeenkomst is die niet eenzijdig ongedaan kan worden gemaakt, terwijl een testament tot aan het overlijden op elk gewenst moment gewijzigd kan worden. Overigens kunnen vraagtekens worden geplaatst bij deze juridische analyse. 'Rentedragend' is als genietingsmoment opgenomen om te voorkomen dat belastingplichtigen het in eigen hand hebben om een inkomst al dan niet te genieten. De idee hierachter is dat de beschikkingsmacht van een belastingplichtige ook toeneemt als hij een inkomst weliswaar niet int maar 'herbelegt' in de vorm van een vordering op de oorspronkelijke schuldenaar. Door deze novatie is sprake van een beleggingshandeling. In HR 15 november 1995, BNB 1996/38 (het zogenoemde topsporterarrest) oordeelt de Hoge Raad het enkel rentedragend worden niet voldoende om tot een genietingsmoment te komen. Ten aanzien van de rentedragend belegde bedragen had belanghebbende nimmer enige beschikkingshandeling verricht. Met andere woorden: belanghebbende heeft nooit een keuze gehad tussen onmiddellijk innen of rentedragend uit laten staan. In deze zin ook het zogenoemde rentespaarbriefarrest, HR 2 juni 1993, BNB 1993/248. Gedurende de looptijd van de rentespaarbrief is weliswaar jaarlijks rente rentedragend bij de hoofdsom gevoegd, maar dat brengt niet mee dat deze ook jaarlijks wordt genoten. De rente wordt, inclusief de hoofdsom, eerst opeisbaar bij het einde van de looptijd. In zijn conclusie bij HR 15 november 1995, BNB 1996/38 maakt A-G Van den Berge in onderdeel 2.10 terecht onderscheid tussen het geval dat het initiatief tot de niet opeisbaarheid, gekoppeld aan het rentedragend maken, uitgaat van de debiteur of van een ander. Neemt de crediteur het initiatief dan is er een beleggingshandeling. Stelt de debiteur daarentegen de voorwaarden, dan kan moeilijk van een beleggingshandeling worden gesproken.<sup>32</sup>

In het hier aan de orde zijnde geval heeft de instelling geen keuze. Zij krijgt de toegezegde schenkingen, vermeerderd met rente, eerst bij het overlijden van de schenker. Er is geen sprake van een beschikkingsmoment voor de instelling. Er lijkt dus eerder sprake te zijn van vertragsrente ofwel moratoire rente. Een vergoeding, juist omdat de geschenken bedragen nog niet worden betaald.<sup>33</sup>

In het hiervoor genoemde rapport kwamen wij tot de conclusie dat gezien het stimuleringskarakter van de giftenaftrek niet duidelijk is waarom de giftenaftrek beperkt moet blijven tot vrijgevigheid bij leven.<sup>34</sup> Een aanpassing van de wet kwam ons dan ook wenselijk voor. Hierbij kan worden gedacht aan een aftrek bij de erflater in zijn overlijdensaangifte inkomstenbelasting dan wel een aftrekbaar gift bij de erfgenamen die het legaat uitvoeren.

De wetgever heeft het nu dus over een andere boeg gegooid en de aftrekbaarheid van deze giften in de ban gedaan (zo zij al aftrekbaar waren).

Dat leidt tot de vraag waarom de andere kwesties inzake de giftenaftrek die in het rapport van de Commissie algemeen nut beogende instellingen aan de orde zijn gesteld in deze wetgevingsoperatie volledig voorbij is gegaan. Hieronder vat ik de kritiek op de giftenaftrek samen.<sup>35</sup>

- De rechtvaardiging van het verschil tussen periodieke giften (volledig aftrekbaar) en gewone giften (beperkt aftrekbaar) is niet gerechtvaardigd. Met name initiatieven als [www.goededoelentest.nl](http://www.goededoelentest.nl) en [www.derentmeester.com](http://www.derentmeester.com) maken dat gewone giften op deze eenvoudige wijze kunnen worden getransformeerd in periodieke giften en de rechtvaardiging dat de begiftigde instelling meer baat heeft bij een vaste stroom aan inkomsten gaat in dat geval niet op.
- Tevens is een herbezinning vereist op de voorwaarden die aan een periodieke gift worden gesteld. De voorwaarde dat de uitkeringen moeten eindigen bij het overlijden kan vervallen. Deze eis vervult geen enkele functie. Als het doel van de regeling is om een periodieke giftenstroom aan één bepaalde instelling te stimuleren, dan wordt dit doel juist beter gediend met het vervallen van die voorwaarde.

- Tegen een periodieke gift in natura of in de vorm van een kwijtschelding bestaat naar onze mening geen enkel bezwaar.

## 7 Conclusie

De wettelijke regeling omtrent de goede doelen is er met ingang van 1 januari 2010 niet op vooruit gegaan. Een meer fundamentele herziening van het ANBI-regime heeft de voorkeur, waarbij de verhouding tot de SBBI nader uitgewerkt wordt. Ook de onevenwichtigheid in de Wet IB 2001 tussen gewone giften en periodieke giften is blijven bestaan. Tevens verdienen de wettelijke eisen van een periodieke gift heroverweging. Zie hierover uitgebreid *Rapport van de Commissie algemeen nut beogende instellingen*, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap, nr. 232, Kluwer 2007.

# DE INVLOED VAN DEFISCALISERING VAN DE ONDERBEDELINGSVORDERINGEN OP HET TOTAAL VERSCHULDIGDE SUCCESSIERECHT NA OVERLIJDEN VAN BEIDE OUDERS

M.J.F.A. Broos LLB

L. Mattijssen

mr. J.J.G.M. van Nunen

S.G.M.J. Rebbens MSc

## 1 Inleiding

<sup>1</sup> Gastcollege van 14 april 2008 aan de Universiteit van Tilburg.

In het gastcollege dat de staatssecretaris van Financiën in april 2008 gaf aan de Universiteit van Tilburg<sup>1</sup>, gaf hij het startsein voor de nieuwe 'Wet schenk- en erfbelasting 2010'. In dit college heeft de staatssecretaris aangegeven voor de heffing van successierechten beter bij de economische realiteit te willen aansluiten. Dit wilde hij onder andere realiseren door de onderbedelingsvorderingen, zoals deze nu bestaan onder de Successiewet 1956, te defiscaliseren. In de nota die de staatssecretaris in oktober 2008 aan de Tweede Kamer heeft gestuurd, gaf hij met betrekking tot defiscalisering van de onderbedelingsvordering echter aan dat:

'uit de analyse blijkt dat een volledige doorvoering van defiscalisering van vorderingen en rente, bij een wettelijke verdeling en daarmee vergelijkbare testamentvormen, vooral lijkt te leiden tot een verschuiving van de belastingdruk juist naar de groep die ik meer zou willen ontzien.'<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Kamerstukken II 2008/2009, 27 789, nr. 17, p. 8.

De groep waar de staatssecretaris hier op doelt, is de kring van belastingplichtigen die slechts een klein vermogen nalaat.

Aangezien voorts defiscalisering niet budgetneutraal kan geschieden en het zou betekenen dat de fiscaliteit afstand zou moeten nemen van het burgerlijk recht, heeft de staatssecretaris vooralsnog besloten niet over te gaan tot defiscalisering en acht hij nader onderzoek nodig.

In het kader van het keuzevak Fiscale aspecten van vererving van de master Fiscale Economie/ Fiscaal Recht aan de Universiteit van Tilburg hebben wij, onder leiding van prof. mr. I.J.F.A. van Vijfeijken, onderzocht of het, zoals de staatssecretaris stelt, inderdaad zo is dat door defiscalisering vooral de kleinere nalatenschappen worden getroffen. Ons onderzoek heeft hierbij deel uitgemaakt van een groter onderzoek, waarbij zowel de grootte van de nalatenschappen varieerde, er zijn nalatenschappen onderzocht van €210.000, €495.000, €1.200.000 en €12.000.000, als de leeftijd van de langstlevende ouder op het moment van overlijden van de eerststervende ouder. In dit artikel publiceren wij de resultaten van het onderzoek naar de invloed van defiscalisering van onderbedelingsvorderingen op het totaal verschuldigde successierecht na overlijden van beide ouders bij een nalatenschap van €210.000 en een leeftijd van de langstlevende ouder van 60 jaar op het moment van het overlijden van de eerststervende ouder.<sup>3</sup> We hebben hierbij drie vergelijkingen gemaakt. Allereerst hebben we de belastingdruk onder het huidige systeem en het systeem van defiscalisering met elkaar vergeleken, waarbij we de tarieven van 2009 hebben gehanteerd. Ten tweede hebben we eenzelfde vergelijking gemaakt, alleen hebben we hierbij de tarieven van 2010 gehanteerd. Ten slotte hebben we een vergelijking gemaakt tussen het huidige systeem met de tarieven van 2009 en het systeem van defiscalisering met de tarieven van 2010. Op het moment dat de resultaten van een nalatenschap van €495.000, €1.200.000 en €12.000.000 significant afwijken van onze resultaten, zullen wij hier melding van maken.

<sup>3</sup> Deze zijn te raadplegen via de website: [www.uvt.nl/fit/wfrdefiscalisering](http://www.uvt.nl/fit/wfrdefiscalisering)

In dit artikel behandelen we allereerst de wettelijke verdeling en de invloed die zij heeft op het heffen van successierecht in het huidige systeem en in een systeem waarbij de onderbedelingsvorderingen zijn gedefiscaliseerd. Vervolgens zullen we de casus, die we gebruikt hebben voor ons onderzoek, uiteenzetten. Aansluitend behandelen we aan de hand van grafieken de

onderzoeksresultaten, waarbij bekeken zal worden of er een eventuele drukverzwaring of -verlichting optreedt op het moment dat defiscalisering van de onderbedelingsvordering wordt ingevoerd en wat de redenen hiervan zijn.

In de afsluiting van dit artikel zullen we concluderen dat uit onze analyse niet eenduidig naar voren komt dat door het defiscaliseren van de onderbedelingsvorderingen een verschuiving van de belastingdruk plaatsvindt naar belastingplichtigen met een relatief laag vermogen. De introductie van defiscalisering van de onderbedelingsvorderingen brengt namelijk niet alleen grondslagverbredingen met zich mee. Omdat bij het overlijden van vader geen rekening wordt gehouden met de schulden aan de kinderen, wordt de gehele nalatenschap bij moeder in aanmerking genomen. Dit heeft als gevolg dat zij geen successierecht over de verkrijgingen van de kinderen hoeft voor te schieten, indien het totaal van de verkrijgingen niet groter is dan de partnervrijstelling.

## 2 Wettelijke verdeling

### 2.1 Algemeen

De wettelijke verdeling is neergelegd in art. 4:13 BW en is slechts van toepassing, indien de erflater een echtgenoot (of een geregistreerd partner) heeft, hij één of meerdere kinderen heeft en hij niet bij testament de wettelijke verdeling geheel of gedeeltelijk heeft uitgesloten. Indien aan alle drie deze voorwaarden is voldaan wordt de nalatenschap van de erflater op basis van de wettelijke verdeling als volgt verdeeld. In beginsel zijn ieder van de kinderen en de langstlevende echtgenoot gerechtigd tot een evenredig gedeelte van de nalatenschap.<sup>4</sup> De langstlevende echtgenoot verkrijgt op grond van art. 4:13, tweede lid BW alle bezittingen en schulden. De kinderen verkrijgen ieder slechts een vordering op de langstlevende ouder, ter grootte van hun erfdeel; dit is de zogenaamde onderbedelingsvordering. Deze vordering is vervolgens in het algemeen slechts bij het overlijden van de langstlevende opeisbaar.<sup>5</sup> Op het moment van het overlijden van de eerststervende ouder neemt de feitelijke beschikkingsmacht van de kinderen dus nog niet toe, maar zijn zij wel al successierecht verschuldigd. Aangezien de wetgever dit een onrechtvaardige situatie vond, heeft deze bepaald dat de langstlevende ouder dit successierecht moet voorschieten.<sup>6</sup> Bij defiscalisering zal een dergelijke regeling overbodig zijn, daar de kinderen op het moment van het overlijden van de eerststervende ouder worden geacht nog niets te hebben verkregen.

<sup>4</sup> Art. 4:11, eerste lid BW.

<sup>5</sup> Art. 4:13, derde lid, onderdeel b BW.

<sup>6</sup> Art. 4:7, eerste lid, onderdeel e BW.

### 2.2 Gevolgen voor de Successiewet in het huidige systeem

Allereerst is in artikel 21, veertiende lid Successiewet opgenomen dat de onderbedelingsvorderingen worden geacht renteloos te zijn, indien op deze vorderingen de wettelijke rente minus 6% wordt vergoed.<sup>7</sup> In BNB 1989/260<sup>8</sup> is door de Hoge Raad geoordeeld dat er sprake is van een fictief vruchtgebruik<sup>9</sup> van de langstlevende ouder op de onderbedelingsvorderingen van de kinderen, indien de langstlevende ouder minder dan 6% samengestelde rente bijschrijft op deze vorderingen.

<sup>7</sup> Art. 4:13, vierde lid BW.

<sup>8</sup> HR 10 juli 1989, *BNB* 1989/260.

<sup>9</sup> Dit fictieve vruchtgebruik wordt berekend aan de hand van art. 5 jo. art. 10 van het Uitvoeringsbesluit Successiewet.

Een meer specifiek gevolg voor de heffing van successierecht vloeit voort uit art. 4:7, eerste lid, onderdeel e BW. Zoals hierboven vermeld, is de langstlevende ouder, op grond van dit artikel, gehouden het door de kinderen verschuldigde successierecht voor te schieten.

Dit lijkt in beginsel een goede oplossing te zijn, daar de langstlevende ouder ook gedurende zijn hele verdere leven de beschikkingsmacht heeft over het erfdeel van de kinderen. Omdat het echter geen verkrijging van de langstlevende ouder zelf betreft, maar het nog steeds wordt gezien als een verkrijging van de kinderen, is de partnervrijstelling van de langstlevende ouder van € 532.570<sup>10</sup>, (vóór toepassing van de pensioenimputatie) hierop niet van toepassing. Dit kan tot gevolg hebben dat de langstlevende ouder gehouden is successierecht te betalen, zonder dat deze zijn volledige partnervrijstelling heeft kunnen benutten.

Uit cijfers van het CBS<sup>11</sup> blijkt dat van alle nalatenschappen uit 2005, 98% lager is dan € 500.000 en dus kleiner is dan de partnervrijstelling. De hierboven beschreven problematiek kan dus in 98% van de nalatenschappen aan de orde komen.

### 2.3 Gevolgen voor de Successiewet bij defiscalisering

Zoals uit het bovenstaande blijkt, is de langstlevende ouder, op grond van de wettelijke verdeling, gehouden het successierecht voor de kinderen voor te schieten<sup>12</sup>, ongeacht het feit of de partnervrijstelling volledig benut is.<sup>13</sup> Een oplossing voor dit probleem is het defiscaliseren van de onderbedelingsvordering voor de heffing van successierecht. Bij defiscalisering wordt de nalatenschap

<sup>10</sup> Art. 32, eerste lid, sub 4, onderdeel a SW (cijfers 2009).

<sup>11</sup> <http://statline.cbs.nl/StatWeb/publication/?VW=T&DM=SLNL&PA=71817ned&D1=a&D2=0&D3=a&D4=a&HD=081006-0802&HDR=T&STB=G1,G2,G3>. Laatst bezocht op 04-09-2009.

<sup>12</sup> Art. 4:7, eerste lid, onderdeel e BW.

<sup>13</sup> In de literatuur zijn reeds oplossingen voor dit probleem gezocht. Veltman stelt voor over te gaan tot een tweetrapsmaking, indien de wettelijke verdeling tot liquiditeitsproblemen zou leiden. P.F. Veltman, De tweetrapsmaking als alternatief voor de wettelijke verdeling (I) en (II), *WPNR* (2005), 6611 en 6612.

van de eerststervende ouder voor het heffen van successierecht immers geacht volledig aan de langstlevende ouder toe te komen en kan de langstlevende ouder dus ook voor de volledige nalatenschap gebruik maken van diens partnervrijstelling. Indien de partnervrijstelling vervolgens niet toereikend is, zal de langstlevende ouder als enige successierecht verschuldigd zijn. In een dergelijke situatie zal berekend worden in hoeverre dit successierecht is toe te rekenen aan de vorderingen van de kinderen. Zij krijgen voor dit bedrag een tax credit, welke zij kunnen gebruiken op het moment dat de langstlevende ouder overlijdt. Deze tax credit is dus een onderdeel van het voorstel van defiscalisering van onderbedelingsvorderingen<sup>14</sup>. In ons onderzoek, waar we ons met name richten op de nalatenschappen van €210.000 en €495.000, is de tax credit niet van toepassing, omdat de nalatenschappen niet uitkomen boven de partnervrijstelling van €532.570. De tax credit wordt wel toegepast bij de nalatenschappen van €1.200.000 en €12.000.000.

<sup>14</sup> Zie hiervoor I.J.F.A. van Vijfeijken, 'Heffing van successierecht over onderbedelingsvorderingen: aanknopen bij de economische realiteit', *WFR* 2008/308.

#### Voorbeeld 1

De nalatenschap van de eerststervende (vader) bedraagt €1.200.000. Zijn echtgenote en beide kinderen zijn ieder voor gelijke delen gerechtigd tot zijn nalatenschap. De kinderen verkrijgen op grond van de wettelijke verdeling ieder een vordering van €400.000. Omdat deze is gedefiscaliseerd, wordt hiermee bij het eerste overlijden nog geen rekening gehouden. De langstlevende (moeder) wordt geacht alles te verkrijgen uit de nalatenschap van vader; €1.200.000 dus. Indien de partnervrijstelling €500.000 bedraagt, is zij nog over €700.000 successierecht verschuldigd. Stel dit is €200.000. Dit successierecht is in zijn geheel toe te rekenen aan de erfden van de kinderen.<sup>15</sup> De kinderen krijgen dan ook ieder een tax credit van €100.000. Bij het overlijden van de langstlevende ontvangt ieder kind €400.000 als aflossing op de onderbedelingsvordering.

<sup>15</sup> De erfrechtelijke verkrijging van de langstlevende bedraagt immers €400.000, hetgeen minder is dan de vrijstelling.

Dit wordt geacht te zijn verkregen uit de nalatenschap van vader. De kinderen zijn hierover successierecht verschuldigd, welk recht wordt verminderd met een tax credit van €100.000. Naast de verkrijging uit de nalatenschap van vader, verkrijgen de kinderen ieder de helft van de nalatenschap van moeder. De waarde van de (eventueel opgerente) vorderingen vermindert, net als in het huidige systeem, haar nalatenschap. Over het saldo zijn de kinderen successierecht verschuldigd.

Bij het overlijden van de langstlevende ouder zijn de kinderen dus tweemaal successierecht verschuldigd. Enerzijds over de opgerente vordering, als ware deze verkregen uit de nalatenschap van vader (met verrekening van eerder geheven successierecht) en anderzijds, na aftrek van de opgerente vordering, over de nalatenschap van moeder. Overigens dient te worden opgemerkt dat, als de tax credit niet volledig toegepast kan worden op het successierecht dat verschuldigd is over de verkrijging uit de nalatenschap van vader, het niet is toegestaan het overige te verrekenen met het successierecht dat verschuldigd is over de verkrijging uit de nalatenschap van moeder.

### 3 Het onderzoek

Voor de beantwoording van de vraag welke invloed defiscalisering heeft op het verschuldigde successierecht, zijn we uitgegaan van de volgende casus. Een echtpaar is getrouwd in gemeenschap van goederen. De man overlijdt en laat twee kinderen en een echtgenote (moeder) na. Moeder is 60 jaar als vader overlijdt. Vader heeft geen testament opgesteld, waardoor de wettelijke verdeling in werking treedt. Voor de grootte van de nalatenschap gaan we uit van een bedrag van €210.000. Dit omdat bijna 90%<sup>16</sup> van de nalatenschappen het bedrag van €200.000 niet te boven gaat. Voor het onderzoek dat we hebben gedaan voor het master-keuzevak Fiscale aspecten van vererving, hebben we tevens onderzocht wat de effecten zijn van defiscalisering bij een nalatenschap van €495.000. Deze resultaten zullen we in het navolgende alleen noemen, indien deze significant afwijken van de resultaten bij een nalatenschap van €210.000.

<sup>16</sup> <http://statline.cbs.nl/StatWeb/publication/?VW=T&DM=SLNL&PA=71817ned&D1=a&D2=0&D3=a&D4=a&HD=081006-0802&HDR=T&STB=G1,G2,G3>. Laatst bezocht op 04-09-2009.

In het onderzoek gaan we uit van drie verschillende rentepercentages die moeder bijschrijft op de onderbedelingsvorderingen van de kinderen: 0%, 3% en 6%. Het betreft hier samengestelde rentepercentages. De reden hiervoor is dat in BNB 1989/260, inzake de bepaling van het fictieve vruchtgebruik, ook van samengestelde rentepercentages wordt uitgegaan. Met betrekking tot de groei van het vermogen van moeder na het overlijden van vader, wordt uitgegaan van een viertal variaties: een afname van het vermogen met 3% per jaar, geen toe- of afname van het vermogen, een toename met 3% en een toename met 6% per jaar. Om de totale belastingdruk (bij eerste en tweede overlijden) te berekenen, renten we het door moeder voorgeschoten successierecht op met 3%. Hiermee wordt haar renteverlies verdisconteerd.



Onderzocht is hoeveel het verschuldigde successierecht bedraagt, indien moeder na 1 jaar, 2 jaar, etc. na vader overlijdt. Er worden telkens vier berekeningen gemaakt. Allereerst wordt berekend hoeveel de totale belastingdruk bedraagt onder de tarieven en vrijstellingen van 2009 met en zonder defiscalisering (bij de grafieken aangeduid als 2009 defiscalisering respectievelijk 2009 huidig systeem) en er wordt berekend hoeveel de totale belastingdruk bedraagt onder de voorgestelde tarieven en vrijstelling voor 2010, eveneens met en zonder defiscalisering (bij de grafieken aangeduid als 2010 defiscalisering respectievelijk 2010 huidig systeem).

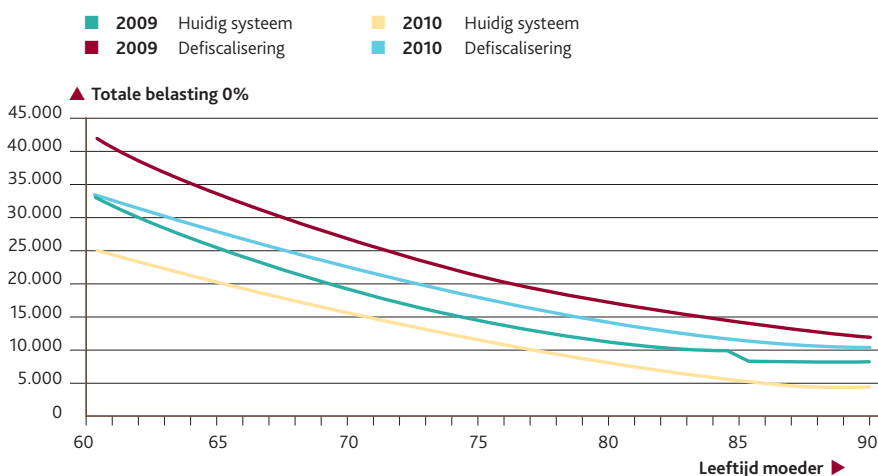
## 4 Onderzoekresultaten

### 4.1 Inleiding

In geval van defiscalisering zijn er verschillende factoren die van invloed zijn op het totaal verschuldigde successierecht. Allereerst brengt de afwezigheid van het fictief vruchtgebruik bij defiscalisering met zich mee dat de aangroei van de blote eigendom naar de volle eigendom belast geschiedt, daar waar dit in het huidige systeem onbelast aangroeit. Ten tweede wordt in het systeem van defiscalisering de rentevergoeding op de onderbedelingsvorderingen van de kinderen belast, daar waar deze in het huidige systeem onbelast blijft. Beide factoren zorgen voor een grondslagverbreding bij defiscalisering ten opzichte van het huidige systeem, wat over het algemeen een belastingverhogend effect zal hebben. In het navolgende zullen we per vermogensmutatie gaan bekijken of door invoering van defiscalisering een lastenverzwaring, dan wel een lastenverlichting zal optreden en wat hier de redenen voor zijn.

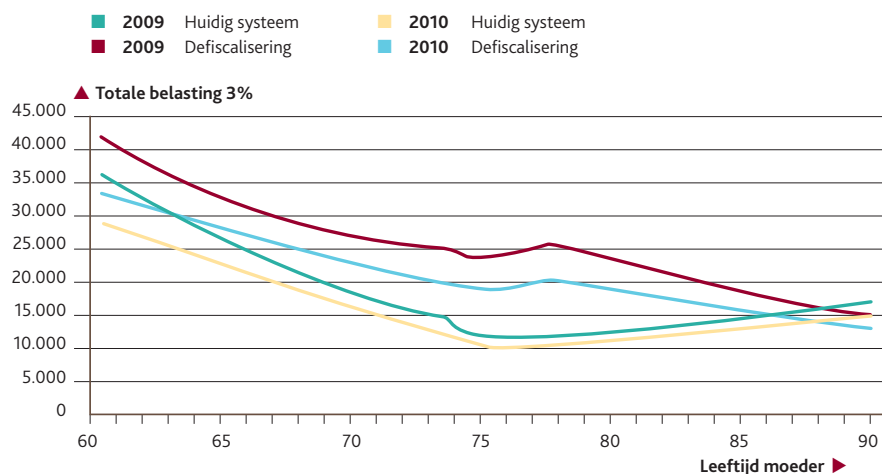
### 4.2 Afname vermogen moeder met 3%

In de situatie dat het vermogen van moeder afneemt met 3%, zien we in het algemeen de trend dat de lijnen, welke het te betalen successierecht verbeelden, dalen naarmate de jaren vorderen. Dit is te verklaren door het feit dat met het afnemen van het vermogen van moeder ook het totaal te belasten bedrag afneemt.

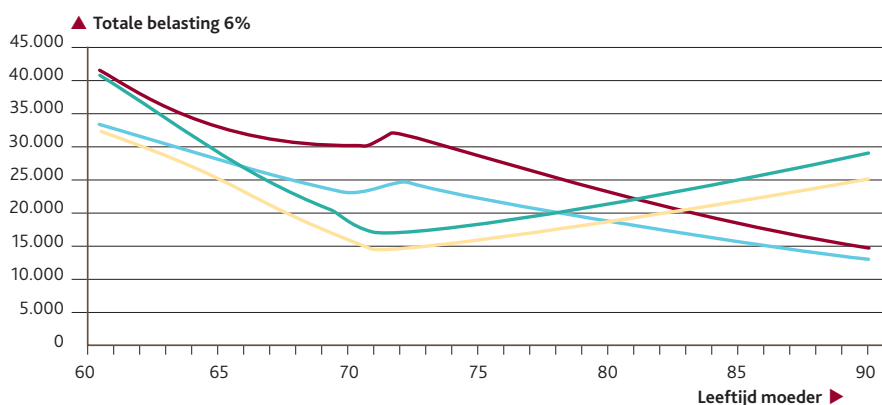


Op het moment dat er 0% rente wordt vergoed op de vorderingen van de kinderen, is het niet aanwezig zijn van een fictief vruchtgebruik bij defiscalisering een belangrijke belastingverhogende factor ten opzichte van het huidige systeem. De lijn van defiscalisering met de tarieven van 2009 is immers beduidend hoger gelegen dan de lijn van het huidige systeem met diezelfde tarieven. Hetzelfde geldt wat betreft de beide systemen met toepassing van de tarieven van 2010. Ook in dat geval is de lijn van defiscalisering hoger gelegen dan de lijn van het huidige systeem.

De lijn van defiscalisering met de tarieven van 2010 is vervolgens wel lager gelegen dan de lijn van defiscalisering met de tarieven van 2009, wat aantoont dat de nieuwe tarieven en vrijstellingen het totaal verschuldigde successierecht bij defiscalisering drukken. Per saldo blijft defiscalisering met de tarieven van 2010 toch nog duurder dan het huidige systeem met de tarieven van 2009 en zijn de vernieuwde tarieven en vrijstellingen dus niet voldoende het nadelige effect van de afwezigheid van het fictieve vruchtgebruik te compenseren.



Naarmate de rente op de vorderingen van de kinderen vervolgens stijgt naar 3% respectievelijk 6%, wordt de invloed van de afwezigheid van een fictief vruchtgebruik steeds kleiner. Bij een uiteindelijke rente van 6% samengesteld is deze invloed nihil, daar er dan geen sprake meer kan zijn van een fictief vruchtgebruik. Een stijgende rente zorgt op dit punt dus voor een steeds kleiner grondslagverschil tussen het huidige systeem en defiscalisering.



Met het stijgen van de rente wordt de invloed van het belasten van de rentecomponent bij defiscalisering echter wel steeds groter. Omdat in het huidige systeem de rente niet wordt belast, brengt een stijgende rente voor defiscalisering een steeds bredere grondslag met zich mee. Deze bredere grondslag is bij een rentevergoeding van 3% respectievelijk 6% mede verantwoordelijk voor een, over het algemeen, hogere belastingdruk bij defiscalisering. Dit geldt zowel bij toepassing van de tarieven van 2009, als bij toepassing van de tarieven van 2010.

Een hogere rente brengt echter ook lastenverzwaringen met zich mee voor het huidige systeem. Hoe hoger de rente immers is, hoe hoger de belaste verkrijgingen van de kinderen zijn en hoe meer successierecht dus moet worden voorgeschoten door moeder. Dit verklaart ook het hogere startpunt van de lijnen in het huidige systeem bij een rentevergoeding van respectievelijk 3% en 6%. Hoe hoger het bedrag aan voor te schieten successierecht is, hoe meer invloed de oprenting met 3% vervolgens ook zal hebben.

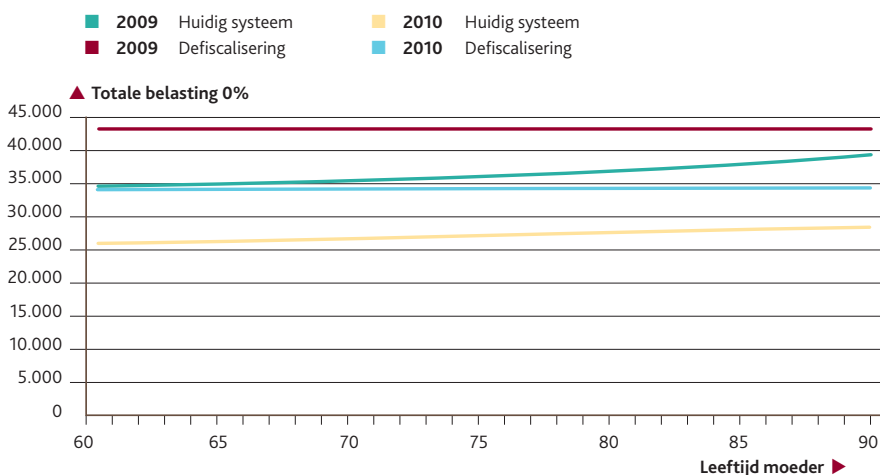
Een ander gevolg van een hogere rente is dat het jaar waarin het vermogen van moeder nihil is, steeds eerder wordt bereikt. Vanaf dat punt heeft alleen de oprenting van het voorgeschoten successierecht nog invloed op het totaal verschuldigde successierecht. Dit verklaart ook de stijgende lijnen van het huidige systeem in bovenstaande grafieken bij een rentevergoeding van 3% en 6%.

Indien vervolgens het huidige systeem en defiscalisering, met toepassing van dezelfde tarieven, met elkaar worden vergeleken, hebben de bovengenoemde belastingverhogende factoren voor het huidige systeem tot gevolg dat zowel met de tarieven van 2009 als 2010 vanaf 88-jarige leeftijd van moeder het systeem van defiscalisering goedkoper is dan het huidige systeem.

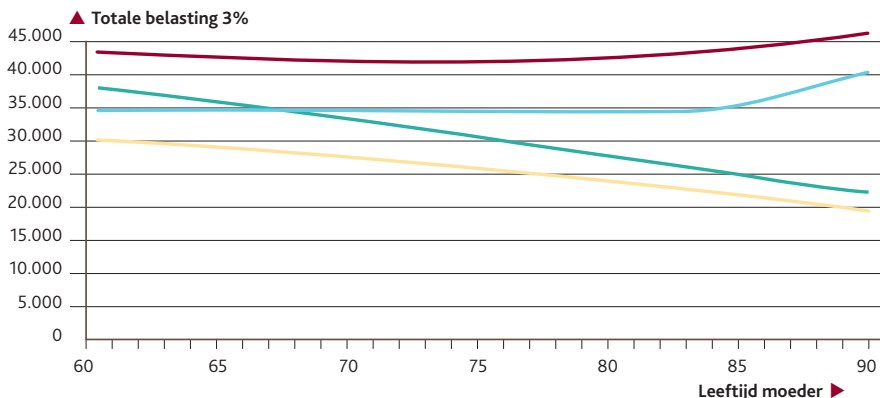
Indien we ten slotte het huidige systeem met de tarieven van 2009 en defiscalisering met de tarieven van 2010 met elkaar gaan vergelijken, zien we dat defiscalisering vaker goedkoper is dan bij een vergelijking waarbij bij beide systemen de tarieven gelijk zijn. Blijkbaar hebben de vernieuwde tarieven en vrijstellingen, ook indien sprake is van een rentevergoeding van 3% respectievelijk 6% op de vorderingen van de kinderen, een belastingverlagend effect.

#### 4.3 Vermogen van moeder verandert niet

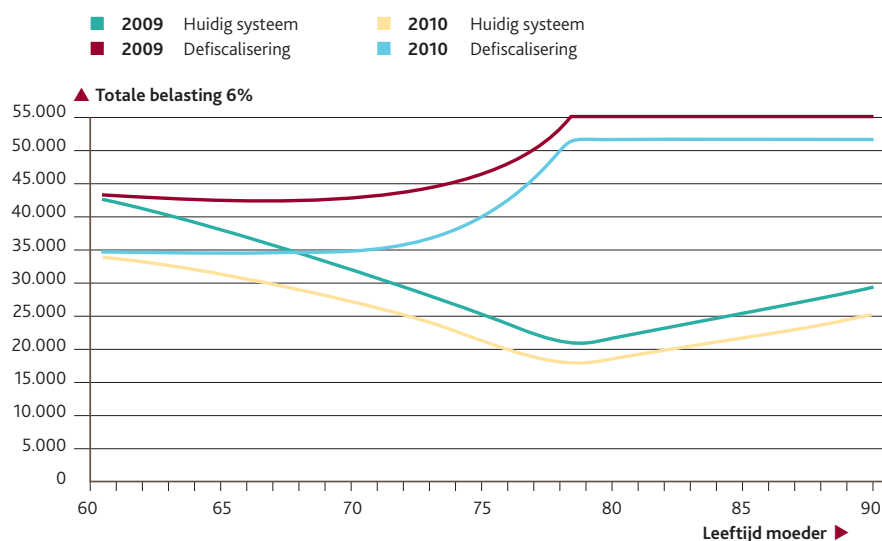
In de situatie dat het vermogen van moeder niet verandert in de tijd, zien we de trend dat de lijnen van defiscalisering horizontaal zijn. Dit is te verklaren door het feit dat, doordat er geen vermogensmutatie plaatsvindt, het totale bedrag van de nalatenschappen van vader en moeder bij defiscalisering gelijk blijft. Zolang de verdeling tussen beide nalatenschappen zodanig is dat - voor wat betreft de tarieven van 2010 - maximaal gebruik kan worden gemaakt van de vrijstellingen en het 10%-tarief, blijft het verschuldigde successierecht gelijk. Op het moment dat aan één of beide voorwaarden niet meer wordt voldaan, zal het successierecht gaan stijgen. Dit zien we gebeuren bij een rentevergoeding van 3% respectievelijk 6%. Als vervolgens de nalatenschap van moeder het nulpunt heeft bereikt stabiliseert het verschuldigde successierecht weer. Vanaf dat punt wordt immers alles geacht uit de nalatenschap van vader te komen en is hier steeds hetzelfde bedrag aan successierecht over verschuldigd. Eenzelfde trend is te zien, indien bij het systeem van defiscalisering de tarieven van 2009 worden toegepast.



Bij een vermogensmutatie van 0% en een rentevergoeding op de vorderingen van de kinderen van 0%, zien we dat de lijnen van het huidige systeem, bij toepassing van dezelfde tarieven, steeds onder de lijnen van defiscalisering zijn gelegen. Ook hier heeft de afwezigheid van het fictieve vruchtgebruik bij defiscalisering dus een belastingverhogende factor. Indien we vervolgens het huidige systeem met de tarieven van 2009 vergelijken met defiscalisering met de tarieven van 2010, zien we dat defiscalisering steeds voordeliger is dan het huidige systeem. De vernieuwde tarieven en vrijstellingen hebben dus ook hier weer een belastingverlagend effect op defiscalisering, zodanig zelfs dat deze de afwezigheid van het fictief vruchtgebruik meer dan compenseren.



Bij een vermogensmutatie van 0% en een rentevergoeding op de vorderingen van de kinderen van 3% of 6% zien we dat de lijnen van het huidige systeem, bij toepassing van dezelfde tarieven, steeds onder de lijnen van defiscalisering zijn gelegen.



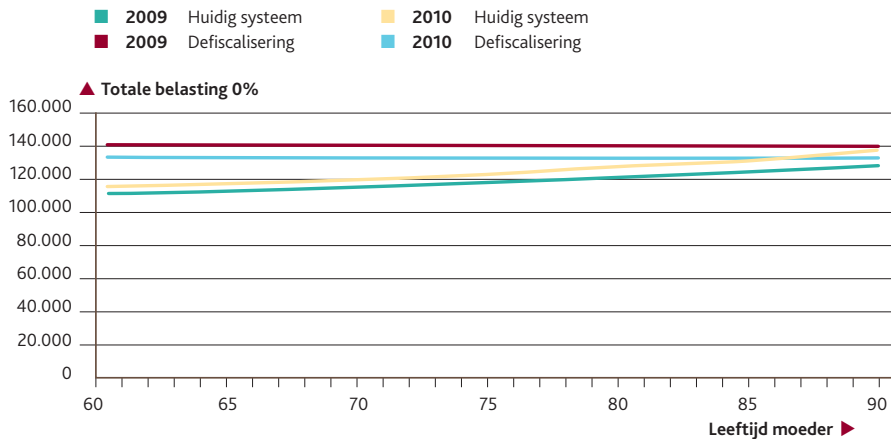
Hoewel de afwezigheid van het fictief vruchtgebruik bij defiscalisering aan belang verliest naarmate de rente op de vorderingen van de kinderen stijgt, wint het belasten van de rentecomponent bij defiscalisering met het stijgen van de rente juist aan belang. Dit zorgt ervoor dat ook bij een rentevergoeding van 3% en 6%, indien beide systemen met dezelfde tarieven met elkaar worden vergeleken, defiscalisering ook hier steeds minder voordelig is dan het huidige systeem.

Zoals we reeds gezien hebben bij een vermogensmutatie van -3%, brengt het stijgen van de rente ook lastenverzwarende effecten met zich mee voor het huidige systeem. Door het stijgen van de rente, stijgen immers ook de verkrijgingen van de kinderen waarover moeder successierecht moet voorschieten. Hierdoor neemt ook de oprenting van het voorgesloten successierecht met 3% aan belang toe.

Tot slot heeft de stijging van de rente tot gevolg dat het vermogen van moeder op een bepaald punt in de tijd nihil zal zijn, waardoor vanaf dat punt enkel de oprenting van het voorgesloten successierecht nog invloed heeft op het totaal verschuldigde successierecht bij het huidige systeem.

Indien beide systemen met toepassing van dezelfde tarieven met elkaar worden vergeleken, blijft het systeem, ondanks deze belastingverhogende factoren, toch zowel bij een rentevergoeding van 3% als bij een rentevergoeding van 6% steeds voordeliger dan defiscalisering.

Vergelijken we ten slotte het huidige systeem met de tarieven van 2009 en defiscalisering met de tarieven van 2010, dan zien we dat defiscalisering, zowel bij een rentevergoeding van 3% als 6%, in de eerste acht jaren na het overlijden van vader voordeliger is dan het huidige systeem. Ook hier hebben de nieuwe tarieven en vrijstellingen dus een drukverlagend effect op het totaal verschuldigde successierecht bij defiscalisering. Hier is het echter niet voldoende de afwezigheid van het fictief vruchtgebruik en het belasten van de rentecomponent volledig te compenseren, waardoor defiscalisering na deze acht jaren na overlijden van vader weer duurder is dan het huidige systeem.



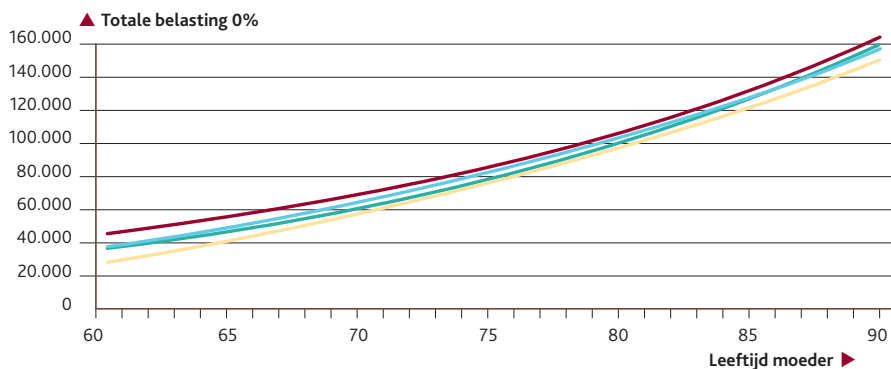
Afwijking bij nalatenschap van €495.000.

Bij een rentevergoeding van 0% en een nalatenschap van €495.000 constateren we, bij de vergelijking van het huidige systeem met toepassing van de tarieven van 2009 en defiscalisering met toepassing van de tarieven van 2010, een significant verschil in vergelijking met eenzelfde rentevergoeding bij een nalatenschap van €210.000.

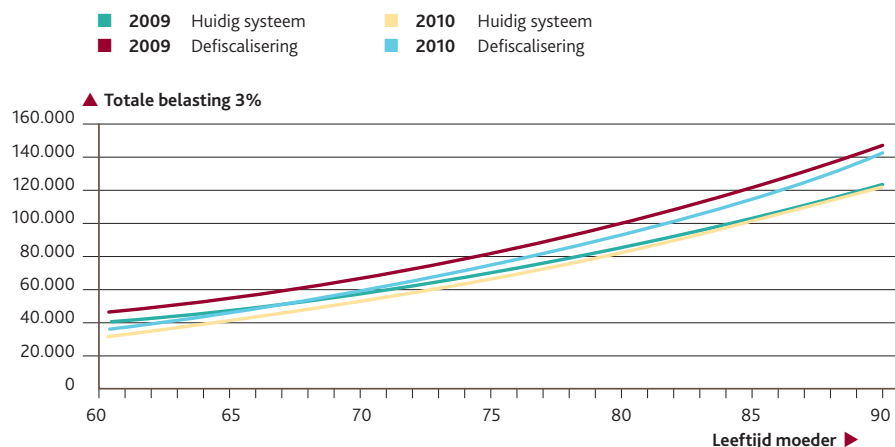
In tegenstelling tot de resultaten bij een nalatenschap van €210.000, zien we dat het verschuldigde successierecht bij defiscalisering juist steeds hoger ligt dan bij het huidige systeem. Nu de vrijstelling van kinderen van €19.000 bij een nalatenschap van €495.000 een relatief gering effect heeft op het verschuldigde successierecht, heeft de afwezigheid van het fictieve vruchtgebruik een belastingverhogend effect, dat wellicht niet gecompenseerd kan worden door deze vrijstelling.

#### 4.4 Toename vermogen van moeder met 3%

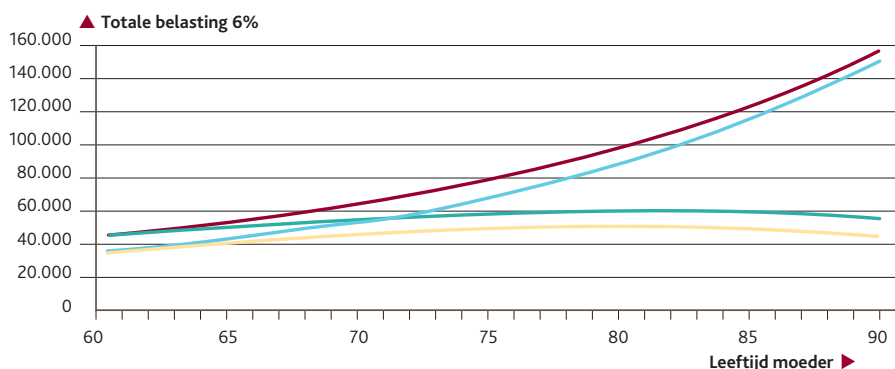
Bij een vermogenstoename van 3% zien we, zowel bij defiscalisering als bij het huidige systeem, over het algemeen een stijgende lijn in het te betalen successierecht. Dit is een logisch gevolg van het toenemende vermogen van moeder. Hierdoor wordt het saldo van de te belasten nalatenschappen van vader en moeder immers steeds groter. Ook de progressie in het tarief speelt een rol bij de toename van het verschuldigde successierecht.



Bij een rentevergoeding van 0% en 3% op de vorderingen van de kinderen, is te zien dat, indien beide systemen met toepassing van dezelfde tarieven met elkaar worden vergeleken, het huidige systeem steeds voordeliger is. Dit is te verklaren door de afwezigheid van het fictieve vruchtgebruik en het belasten van de rentecomponent bij defiscalisering.



Ook indien het huidige systeem met de tarieven van 2009 wordt vergeleken met defiscalisering met toepassing van de tarieven van 2010, is te zien dat defiscalisering steeds minder voordelig is dan het huidige systeem. Hoewel de nieuwe tarieven en vrijstellingen nog steeds een drukverlagende invloed hebben op het totaal verschuldigde successierecht bij defiscalisering, is het effect daarvan niet voldoende om de afwezigheid van het fictief vruchtgebruik en het belasten van de rentecomponent te compenseren.



Ook bij een rentevergoeding van 6% op de vorderingen van de kinderen zorgt het belasten van de rentecomponent bij defiscalisering ervoor dat, indien beide systemen met toepassing van dezelfde tarieven met elkaar worden vergeleken, defiscalisering steeds minder voordelig is dan het huidige systeem. Dit is echter niet de enige factor die het verschil verklaart tussen de lijnen van defiscalisering en de lijnen van het huidige systeem. De lijnen van het huidige systeem hebben bij een rentevergoeding 6% immers een heel ander verloop dan bij een rentevergoeding van respectievelijk 3% en 0%.

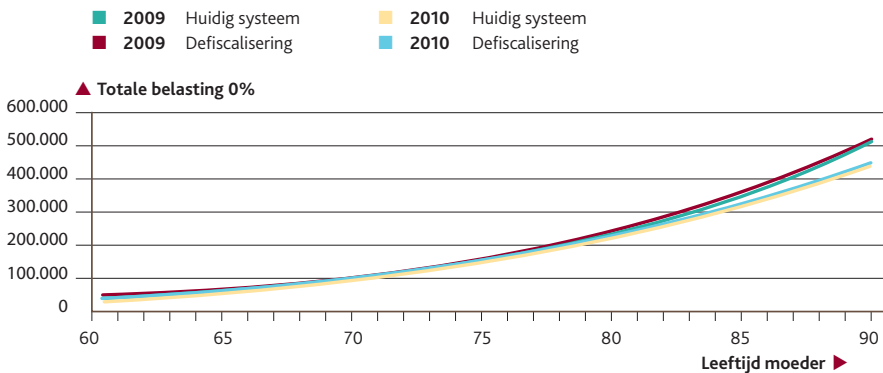
Dit komt, omdat de waarde van de vorderingen van de kinderen bij een rentevergoeding van 6% in de eerste 25 jaar na het overlijden van vader relatief sneller stijgt dan de waarde van het vermogen van moeder. Hierdoor stijgen de lijnen van het totaal verschuldigde successierecht bij het huidige systeem met een rentevergoeding van 6% minder explosief dan de lijnen van defiscalisering bij eenzelfde rentevergoeding. Vanaf het 25e jaar na het overlijden van vader gaan de vorderingen van de kinderen niet alleen relatief, maar ook absoluut sneller stijgen dan het vermogen van moeder, waardoor de lijnen vanaf dat punt zelfs gaan dalen. Dit verloop van de grafieken draagt eraan bij dat het huidige systeem steeds voordeliger is indien beide systemen met toepassing van dezelfde tarieven met elkaar worden vergeleken.

Indien het huidige systeem, met de tarieven van 2009, wordt vergeleken met defiscalisering, met toepassing van de tarieven van 2010, zorgen de nieuwe tarieven weer voor een belastingverlaging, waardoor defiscalisering tot en met een leeftijd van moeder van 72 jaar, voordeliger is dan het huidige systeem.



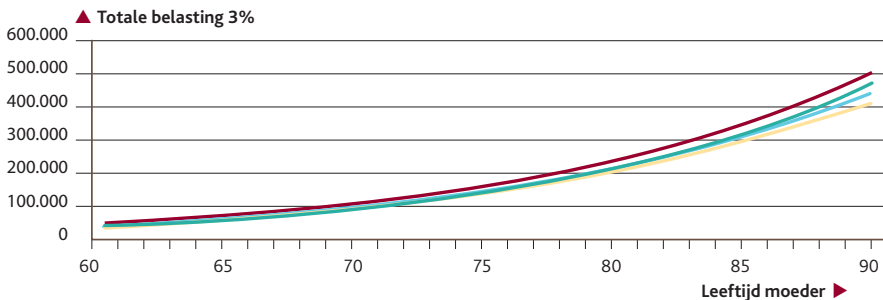
#### 4.5 Toename vermogen moeder met 6%

Ook bij een vermogenstoename van 6% zien we, zowel bij defiscalisering als bij het huidige systeem, steeds een stijgende lijn. Wederom is dit een logisch gevolg van het stijgen van het vermogen van moeder, waardoor er per saldo meer te belasten is. Ook de progressie in het tarief speelt hierbij een rol.



Bij een rentevergoeding van 0% op de vorderingen van de kinderen, is te zien dat, indien beide systemen met toepassing van dezelfde tarieven met elkaar worden vergeleken, het totaal verschuldigde successierecht vrijwel gelijk is. De lijnen van defiscalisering zijn echter wel steeds iets hoger gelegen, maar het verschil is minimaal. Dit is een logisch gevolg van de afwezigheid van het fictief vruchtgebruik bij defiscalisering.

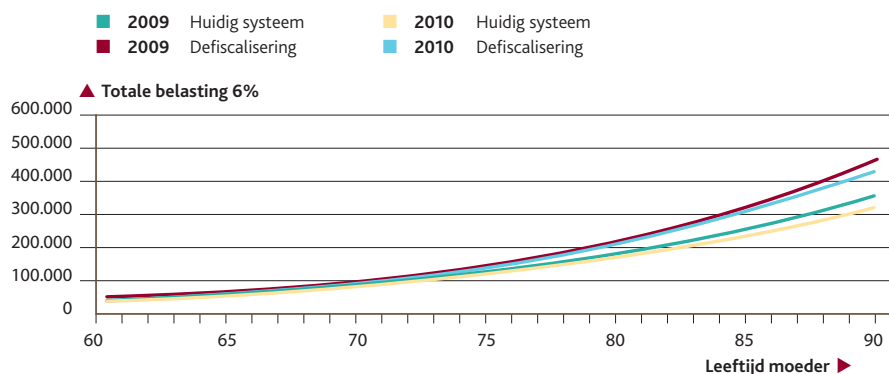
Als vervolgens het huidige systeem met toepassing van de tarieven van 2009, wordt vergeleken met defiscalisering met toepassing van de tarieven van 2010, is defiscalisering in de eerste jaren na het overlijden van de eerststervende steeds nog duurder. Vanaf het 76e levensjaar van moeder is defiscalisering echter voordeliger en compenseren de nieuwe tarieven en vrijstellingen vanaf dat jaar de afwezigheid van het fictief vruchtgebruik meer dan voldoende.



Bij een rentevergoeding van 3% op de vorderingen van de kinderen zien we, indien beide systemen met elkaar vergeleken worden met toepassing van dezelfde tarieven, dat defiscalisering steeds minder voordelig is dan het huidige systeem. De verklaring hiervoor is de afwezigheid van het fictief vruchtgebruik en het belasten van de rentecomponent bij defiscalisering.

Indien vervolgens het huidige systeem met toepassing van de tarieven van 2009 wordt vergeleken met defiscalisering met toepassing van de tarieven van 2010, is ook hier te zien dat defiscalisering in de eerste jaren na het overlijden van de eerststervende steeds minder voordelig is dan het huidige systeem.

Net als bij een rentevergoeding van 0% op de vorderingen van de kinderen, is er ook hier een omslagpunt. Vanaf het 82e levensjaar van moeder is immers het totaal verschuldigde successierecht bij defiscalisering lager dan het totaal verschuldigde successierecht bij het huidige systeem en compenseren de nieuwe tarieven en vrijstellingen vanaf dat jaar de afwezigheid van het fictief vruchtgebruik en het belasten van de rentecomponent dus meer dan voldoende.



Tot slot is bij een rentevergoeding van 6% op de vorderingen van de kinderen te zien dat, indien beide systemen met toepassing van dezelfde tarieven met elkaar worden vergeleken, ook hier het huidige systeem steeds voordeliger is dan defiscalisering. De verklaring hiervoor is gelegen in de omstandigheid dat bij defiscalisering de rentecomponent wordt belast en bij het huidige systeem niet.

Hoewel het verschil tussen het totaal verschuldigde successierecht tussen het huidige systeem en defiscalisering, in de vergelijking tussen het huidige systeem met de tarieven van 2009 en defiscalisering met de tarieven van 2010, minder groot is dan in de vergelijking tussen beide systemen met toepassing van dezelfde tarieven, blijft ook hier het huidige systeem voordeliger dan defiscalisering. De invoering van de nieuwe tarieven en vrijstellingen heeft wel een drukverlagende invloed op defiscalisering, maar deze invloed is niet voldoende om de grondslagverbreding die samenhangt met het belasten van de rentecomponent te compenseren.

#### 4.6 Vergelijking overige onderzoeksresultaten

Zoals we reeds in de inleiding naar voren hebben gebracht heeft ons onderzoek deel uitgemaakt van een groter onderzoek. Hieronder zullen we de resultaten van de overige studenten vergelijken met onze eigen resultaten.

<sup>17</sup> Dit zijn de onderzoeken van de volgende studenten:  
Ilse van Burgel, Bianca van Velthoven, Sabine  
Kranenbroek en Marit Heesen.

Uit de vergelijking van ons onderzoek met de onderzoeken <sup>17</sup> waarin dezelfde grootte van nalatenschappen als uitgangspunt wordt genomen, met als veranderende factor de leeftijd van de langstlevende op het moment van overlijden van de eerststervende zijn twee in het oog springende trends te constateren.

Allereerst valt op dat bij een rentevergoeding van respectievelijk 0% en 3%, bij een leeftijd van 40 jaar van de langstlevende op het moment van overlijden van de eerststervende, het startpunt van het totaal verschuldigde successierecht telkens lager ligt dan in ons onderzoek. Bij de onderzoeken waarin een leeftijd van de langstlevende op het moment van overlijden van de eerststervende van 70, 80 respectievelijk 90 jaar als uitgangspunt is genomen, zien we dat de startpunten steeds hoger komen te liggen naarmate de leeftijd van de langstlevende stijgt. Deze trend is te verklaren door het feit dat de waarde van het genotsrecht afhankelijk is van de leeftijd van de langstlevende ouder. Een relatief lage leeftijd van de langstlevende bij overlijden van de eerststervende zorgt voor een laag startpunt en een relatief hoge leeftijd voor een hoog startpunt.

Als gevolg van een veranderlijk startpunt liggen de snijpunten van de lijn van het huidige systeem met de lijn van defiscalisering, steeds op een ander punt in de tijd. Bij een lagere leeftijd van de langstlevende op het moment van overlijden van de eerststervende wordt het snijpunt eerder bereikt dan bij een hogere leeftijd. Indien het startpunt van de lijn van het huidige systeem in ons onderzoek onder die van defiscalisering ligt, wordt bij een lagere leeftijd het snijpunt later bereikt, en bij een hogere leeftijd eerder. De leeftijd van de langstlevende op het moment van het overlijden van de eerststervende is dus van belang voor de beantwoording van de vraag of defiscalisering duurder is dan het huidige systeem.

Ten tweede valt op dat bij een vermogensmutatie van respectievelijk -3% en 0%, de oprenting van het voorgesloten successierecht steeds na 10 tot 20 jaar zichtbaar wordt in de grafiek. Op dat moment is de nalatenschap van de langstlevende nihil omdat diens vermogen dan kleiner is dan de onderbedelingsvorderingen van de kinderen. Vanaf dat moment is slechts het voorgesloten successierecht naar aanleiding van het overlijden van de eerststervende en vermeerderd met de oprenting van 3% bepalend voor de hoogte van het totale successierecht. Daar het voorgesloten successierecht een stabiele factor is, zorgt de oprenting met 3% voor een

stijgende lijn. Het punt waarop de lijn van het huidige systeem gaat stijgen door de oprenting van 3% ligt steeds onder de lijn van defiscalisering.

De oprenting zorgt op den duur dus voor een snijpunt met de lijn van defiscalisering, vanaf welk punt defiscalisering goedkoper wordt dan het huidige systeem. Dit punt zal echter niet in alle gevallen bereikt kunnen worden in verband met de leeftijd van de langstlevende. Naarmate de leeftijd van de langstlevende op het moment van overlijden van de eerststervende hoger is, is de kans kleiner dat het snijpunt van het huidige systeem met defiscalisering wordt bereikt. Dit omdat er 10 tot 20 jaar overheen gaan voordat de nalatenschap van de langstlevende nihil bedraagt en vanaf dan de voortdurende oprenting een aantal jaar in beslag neemt voordat de lijn van het huidige systeem de lijn van defiscalisering doorkruist.

Bezien we deze twee punten, dan kan geconcludeerd worden dat de leeftijd van de langstlevende op het moment van overlijden van de eerststervende een niet te onderschatten invloed heeft op de vraag of defiscalisering duurder dan wel goedkoper is dan het huidige systeem.

Indien we onze onderzoeksresultaten vergelijken met de resultaten van de onderzoeken<sup>18</sup> waarin wordt uitgegaan van een nalatenschap van €1.200.000 respectievelijk €12.000.000, met als vast gegeven de leeftijd van de langstlevende op het moment van overlijden van de eerststervende, kan er geen eenduidige conclusie worden getrokken. Uit de vergelijking van de onderzoeken blijkt dat er te veel andere factoren van invloed zijn op het totaal verschuldigde successierecht. Wel kan de conclusie worden getrokken dat bij een nalatenschap van €12.000.000 defiscalisering steeds voordeliger is dan het huidige systeem. Bij dergelijk grote nalatenschappen zorgen de nieuwe tarieven en vrijstellingen ervoor dat de afwezigheid van het fictief vruchtgebruik en het belasten van de rentecomponent bij defiscalisering steeds volledig wordt gecompenseerd. Daar deze nalatenschappen meer bedragen dan de partnervrijstelling van €500.000<sup>19</sup> is het van belang op te merken dat er een tax credit van toepassing is om dubbele belastingheffing te voorkomen. Deze tax credit houdt echter geen bevoordeling in voor grotere nalatenschappen, gezien het feit dat bij kleinere nalatenschappen ook geen dubbele belasting optreedt, daar de gehele nalatenschap van de eerststervende in de partnervrijstelling van de langstlevende valt.

<sup>18</sup> Dit zijn de onderzoeken van de volgende studenten: Johan Koolen, Sjouke Boomsma, Margot van 't Hof, Jennifer Evers, Niki Bijnen, Ivonne Beekhuizen-Baas en Anouk Loeffen.

<sup>19</sup> 2008/2009, 27 789, nr. 17, p. 3.

## 5 Conclusie

Uit het onderzoek blijkt dat defiscalisering van onderbedelingsvorderingen in de Successiewet veelal een toename van de belastingdruk met zich mee brengt. Er zijn echter ook situaties, waarin defiscalisering juist zorgt voor een afname van de belastingdruk, zodat het huidige systeem in die gevallen duurder is. Uit het onderzoek kan voor deze toename en afname van de belastingdruk in geval van defiscalisering echter geen algemeen omslagpunt aangewezen worden. Of belastingverhogende of belastingverlagende factoren de overhand hebben op de hoogte van het totaal verschuldigde successierecht is sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Bij invoering van defiscalisering per 1 januari 2010 is defiscalisering echter vaker goedkoper dan het huidige systeem met de vrijstellingen en tarieven van 2009.

Onze conclusie komt derhalve niet volledig overeen met de analyse van de staatssecretaris dat een volledige doorvoering van defiscalisering van vorderingen en rente, bij een wettelijke verdeling en daarmee vergelijkbare testamentvormen, vooral lijkt te leiden tot een verschuiving van de belastingdruk juist naar de kleinere nalatenschappen die de staatssecretaris meer zou willen ontzien. Of belastingverhogende of belastingverlagende factoren de overhand hebben op de hoogte van het totaal verschuldigde successierecht is immers sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Overigens had de staatssecretaris de verhoging van het te betalen successierecht kunnen meenemen in zijn tariefstelling en op die manier de verhoogde belastingdruk weer kunnen wegnemen.

Verder sluit defiscalisering beter aan bij de economische realiteit van heffing dan het huidige systeem en verdient daarom de voorkeur boven het huidige systeem. De staatssecretaris geeft aan defiscalisering van onderbedelingsvorderingen wellicht in de toekomst alsnog te realiseren. Wij achten deze kans echter zeer klein. Defiscalisering van onderbedelingsvorderingen is immers een ingrijpende wijziging van het huidige stelsel en het verschil in het te betalen successierecht zal groter zijn dan bij invoering van defiscalisering per 1 januari 2010. De met de invoering van defiscalisering van onderbedelingsvorderingen gepaard gaande verhoging van de belastingdruk zou in dat geval opnieuw leiden tot een verandering van de tariefstelling.

Het is dan ook een gemiste kans van de staatssecretaris om niet per 1 januari 2010 over te gaan tot het defiscaliseren van de onderbedelingsvorderingen in de Successiewet!

## OVER...

### Universiteit van Tilburg

De Universiteit van Tilburg (UvT) is een inspirerende universiteit: zij biedt een omgeving waar studenten, medewerkers en alumni worden uitgedaagd en geïnspireerd. Zij is authentiek, heeft de academische vrijheid hoog in het vaandel en streeft voortdurend naar vernieuwing. De UvT wil door haar uitmuntende academisch onderwijs en onderzoek op het gebied van mens- en maatschappijwetenschappen zowel nationaal als internationaal bijdragen aan de kwaliteit van de samenleving. Dit doet zij door mensen op te leiden voor verantwoordelijke posities in de samenleving en door bij te dragen aan maatschappelijk duurzame oplossingen. De UvT weet zich daarbij geïnspireerd door een rijke traditie, die ruimte biedt voor reflectie en die aandacht stimuleert voor levensbeschouwing in relatie tot wetenschap.

### BDO

BDO verleent vanuit vestigingen in heel Nederland met zo'n 2.000 professionals diensten op het gebied van accountancy, belastingadvies en consultancy. BDO richt zich met name op het Nederlandse middenbedrijf en is sterk in de advisering aan groeiende ondernemingen. BDO is aangesloten bij BDO International, een wereldwijd netwerk van juridisch zelfstandige organisaties, BDO Member Firms genaamd, die onder de merknaam 'BDO' actief zijn op het gebied van de professionele dienstverlening.

### Voor Vrij Ondernemen

BDO is gespecialiseerd in het overnemen van knellende lasten bij de ondernemer, zodat die zich kan richten op het vrije ondernemerschap. Met de juiste adviezen staat BDO ondernemers terzijde, waar en wanneer zij dit willen. Dat is wat BDO bedoelt met Vrij Ondernemen.

Voor meer informatie over adressen en telefoonnummers van onze kantoren kunt u onze internetsite raadplegen: [www.bdo.nl](http://www.bdo.nl)

---



BDO International staat voor het wereldwijde netwerk van juridisch zelfstandige organisaties, BDO Member Firms genaamd, die onder de merknaam 'BDO' actief zijn op het gebied van de professionele dienstverlening.

BDO is de merknaam die wordt gebruikt ter aanduiding van het BDO-netwerk en van elk van de BDO Member Firms.